Das Wesen des Trödelvertrags

(contractus aestimatorius).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Karl Warthorst
aus Friedberg in Hessen.

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1928

Referent: Prof. Dr. R. Henle

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Aufgabe und Methode 7

Ausführung.

§ 2. Titel 19, 3 12

§ 3. Die leges fugitivae 20

§ 4. Die 4 Brinzschen Essentialien 29

1. Die aestimatio.
2. Recht auf Mehrerlös.
3. Vendendum dare.
4. Die Alternativobligation.

§ 5. Vergleich mit benannten Verträgen 42

1. Vergleich mit Mandat und Verkaufkommission.
2. Vergleich mit Dienst- und Werkvertrag.
3. Vergleich mit Societät.
4. Vergleich mit dem Kauf.

§ 6. Ist der Trödelvertrag eine Vertragsverbindung? . . 57

§ 7. Der contractus aestimatorius ist ein contr. sui generis 60

§ 8. Die Behandlung des contr. aest. in der neueren Gesetzgebung bis zum BGB. 61

§ 9. Stellung des BGB. zum Trödelvertrag und sein Verhältnis zum buchhändlerischen Konditionsgeschäft . 62

Literatur-Verzeichnis.

E. Arnold: Der Trödelvertrag und sein Verhältnis zur Verkaufskommission, Erlangen 1895—96.

Baron: Pandekten, 7. Aufl., Leipzig 1890.

Bechmann: Kauf nach gemeinem Recht, Band 2, Abt. 1, Erlangen 1884.

Bekker: Krit. Vierteljahrsschrift, 9. Band, S. 254.

A. Brinz: Krit. Blätter civ. Inhalts, Nr. 1, Erlangen 1852.

Buhl: Das Konditionsgeschäft im deutschen Buchhandel. In Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 25 (Neue Folge B. 10).

Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 1, Jena 1851.

I. Cohn: Trödelvertrag nach gemeinem Recht, Berlin 1890.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürg. Rechts, Bd. 1, 7. Aufl., Jena 1922.

— Lehrbuch des deutschen bürg. Rechts, Bd. 1, 4. Aufl., Jena 1903.

— Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl., Stuttgart 1910.

Crome: System des deutschen bürg. Rechts, Bd. 2, Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg: Pandekten, Bd. 1 u. 2, 2. Aufl., Berlin 1888.

— BGB.-Lehrbuch, Bd. 2, Abtl. 2, 1. u. 2. Aufl., Halle 1899.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 5, Abtl. 2, S. 97 ff., Leipzig 1915.

Emmerich: Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 61.

Endemann: Lehrbuch des BGB., Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1923.

Enneccerus: Lehrbuch des BGB., Bd. 1, 1. Abtl., 15.—17. Aufl., Marburg 1921.

— Lehrbuch des BGB., Bd. 1, 2. Abtl., 12.—14. Aufl., Marburg 1920.

Fitting: Arch. f. ziv. Prax. (Der Kauf auf Probe), Bd. 46, S. 251.

Fleischmann: Krit. Vierteljahrschrift, Bd. 31 (Neue Folge 12), S. 310.

K. Friedrichs: Trödelvertrag und Konditionsvertrag, Berlin 1890.

Glück: Ausführl. Erläut. der Pandekten nach Hellfeld, Bd. 18, Erlangen 1816.
R. Glum: Gefahr beim Trödelvertrag beim röm. Recht, Berlin 1893.
Goldmann-Lilienthal: BGB., Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1903.
Goldschmidt: Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. 33, S. 491.
Gruchot: Beitr. z. Erläut. d. preuß. Rechts, Bd. 12, Berlin 1868.
Hedemann: Schuldrecht, 1921.
Henle: Lehrbuch des bürg. Rechts, allgem. Teil.
G. Hirschberg: Contr. aest. und seine Beziehungen zum buchhändlerischen Konditionsgeschäft und zur Verkaufskommission, Göttingen 1897.
Höniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim und Leipzig 1910.
Ihering: Krit. und Exeg., Allerlei, Jahrbuch f. Dogmatik, Bd. 15, Jena 1877.
Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1912, S. 585.
P. Koch: Der gemeinrechtl. contr. aest. und das mod. Kommissionswarengeschäft, Leipzig 1906.
R. Koch: Rechtl. Natur des Trödelvertrags, Straßburg 1892.
Koch: Sortimentsbuchhandel, Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd. 3, 1. Hälfte, S. 709, 3. Aufl.
Th. Laufenberg: Trödelvertr. nach dem BGB., Leipzig 1905.
Leist: Manzipation und Eigentumstradition, Jena 1865.
Lenel: Edictum perpetuum, Leipzig 1883.
S. Liebert: Beiträge zur Lehre v. contr. aest., Berlin 1890.
Lipp: Beitr. zur Lehre v. contr. aest., Berlin 1890.
H. Marwege: Contr. aest. nach röm. u. heut. Recht unter bes. Berücksichtigung des buchhändl. Konditionsvertrag, Rostock 1904.
I. Merkel: Der Trödelvertrag, Weißkes Rechtslex., Bd. 11, S. 535 ff., Leipzig 1857.
Michaelis: Der Trödelvertrag, Erlangen 1900.
A. Neuschler: Zur Lehre v. d. aest. Rückgabeverträgen im römischen Recht, Tübingen 1899.
Oertmann: Komm. z. BGB., 2. Buch, Recht der Schuldverhältn., 3. u. 4. Aufl., Berlin 1890 u. 1910.
Puchta: Lehrb. d. Pand., 12. Aufl., Leipzig 1877.
Regelsberger: Der Trödelvertrag, Holtzendorffs Rechtslex., Bd. 3, 2. Hälfte, 3. Aufl.
RGStr., Bd. 3, S. 150.
Reinhold: Der Trödelvertrag, Studie, Wien 1884.
Th. Schneemann: Lehre von der Entwicklung und Natur des contr. aest., Erlangen 1897.

P. R. Schulz: Beiträge zur Erkenntnis der Quellen und der Lehre vom contr. aest., Leipzig 1904.
Seuffert: Arch., Bd. 11, S. 216 ff.
Sintenis: Ziv. Recht, Bd. 2, § 117.
Sohm: Institutionen, 6. Aufl., Leipzig 1896.
Staudinger: Kommentar z. BGB., Bd. 2, 2. Teil, 7. u. 8. Aufl., München-Berlin 1912.
Titze: Bürg. Recht der Schuldverhältnisse in der Enzykl. der Rechts- und Staatswissenschaft, Bd. 8, . Aufl., Berlin 1926.
Thorbeck: Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag, Rostock 1927.
v. Tuhr: BGB., Allg. Teil, 2. Bd., 1. Teil.
v. Vangerow: Lehrb. d. Pand., Bd. 1 u. 3, Marburg-Leipzig 1876.
Wächter: Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 2, S. 479.
Wendt: Rechtssatz u. Dogma, Theorie u. Praxis in Iherings Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 22, Neue Folge, Bd. 10, Jena 1884.
C. Weidling: Das buchhändl. Konditionsgeschäft, Gießen 1885.
Windscheid: Pandekten-Recht, Bd. 1, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900.
Wohlfarth: Der Trödelvertrag, Göttingen 1890.
H. Fr. v. Zwehl: Der Trödelvertrag nach gemeinem u. deutschem bürg. Recht, Bonn 1908.
Zitelmann:
Motive, 2, S. 516 ff., Preuß. Landrecht, Teil 1, Titel 11, §§ 511 ff.
Sächs. BGB., §§ 1291 ff.
Oester. BGB., § 1086.

Einleitung.

§ 1. Aufgabe und Methode.

Einen Vertrag in seinem Wesen erkennen heißt, seinen Mindesttatbestand feststellen und ihm seinen Platz im System des jeweils geltenden Rechts anweisen. Demgemäß ist es Aufgabe dieser Arbeit, die Merkmale, die dem Begriff des Trödelvertrags wesentlich und zu seiner Individualisierung notwendig sind, von allem Beiwerk zu abstrahieren und sodann zu untersuchen, ob dieser Tatbestand ein besonderer Typus ist, der sich „wesentlich" von allen anderen unter anderem Namen vorkommenden Verträgen unterscheidet, oder ob es sich nur um einen sogenannten gemischten bzw. einen typischen Vertrag mit untergeordneter andersartiger Nebenleistung handelt, oder ob er gar ein atypischer Vertrag ist[1]), der jedesmal andersartig in allen Stücken nur nach den Parteivereinbarungen, den Verkehrssitten und den allgemeinen Vorschriften des geltenden Rechts zu beurteilen ist.

Man könnte die Frage auch etwa so formulieren: Lassen sich die im Rechtsleben unter dem Namen Trödelvertrag kursierenden Kontrakte auf eine allen gemeinsame Grundform zurückführen und kann diese Grundform unter einen der im Gesetz geregelten Vertragstypen geordnet werden bzw. ist sie ein ganz bestimmtes, stets gleich qualifiziertes Gemisch oder endlich, ist sie eine Urform?

Sieht man die reichliche Literatur über den Trödelvertrag, der im Mittelalter den Namen contractus aestimatorius bekam, daraufhin durch, so kann man feststellen, daß jede

---

1) Enneccerus, Bd. I, 2, S. 293, versteht unter einem atypischen Vertrag einen solchen, der im jeweils geltenden Recht keine Aufnahme gefunden hat, auch wenn er im täglichen Rechtsleben als besonderer Typus in Erscheinung tritt. Diese Auffassung ist aber als zu eng abzulehnen und der im Text vertretenen Meinung den Vorzug zu geben.

Ansicht ihre Vertreter gefunden hat. So behauptet Reinhold [2]), der Trödelvertrag und der Kauf auf Besicht seien juristisch ein und dasselbe, während Chambon [3]) etwas vorsichtiger sagt, wir hätten es hier nicht so sehr mit einem unter einer Bedingung geschlossenen Kauf, als vielmehr mit einem Rechtsgeschäft zu tun, das nach den in ihm liegenden faktischen Voraussetzungen die Natur eines Kaufs erhalten kann, wenn ein gewisses unbestimmtes und in der Zukunft liegendes Ereignis eintritt. In direktem Gegensatz zu diesen Ansichten steht Chambons Kritiker Brinz [4]), der von dem Satz ausgeht, ist er kein anderer, so ist er ein eigener, und zu dem Ergebnis kommt, daß der Mindesttatbestand, welchen er für unseren Vertrag aufstellt, unter keinen benannten Typus zu bringen ist, der contractus aestimatorius also ein contractus sui generis ist. Wieder eine andere Richtung vertritt Marwege [5]), nach welchem der Trödelvertrag ein contractus sui generis aber sehr eigner Art ist: nämlich eine Kombination zweier alternativ konkurrierender Rechtsgeschäfte, eines Kaufs und eines leiheähnlichen Geschäfts. Wir werden noch Gelegenheit haben, auf diese widerstreitenden Meinungen des näheren einzugehen.

Wie ist aber die Frage nach dem Wesen und der systematischen Stellung zu lösen?

Doch bevor wir an unsere Aufgabe herantreten, wollen wir versuchen, eine Definition bzw. Beschreibung des Geschäfts zu geben, das im heutigen Rechtsleben als Trödelvertrag bezeichnet wird, ohne dabei schon auf die rechtliche Natur dieses Geschäfts einzugehen — das ist ja die Hauptaufgabe — und ohne die Fragen zu prüfen, zwischen wem diese Geschäfte getätigt werden und was Gegenstand (res mobiles oder auch res immobiles) dieser Verträge ist. Die Quellen

---

2) Reinhold, Der Trödelvertrag, Studie, Wien 1884, S. 15/28.

3) Chambon, Beiträge zum Obligat.-Recht, Bd. I, Jena 1851, S. 78.

4) Brinz, Kritische Blätter civ. Inhalts, Nr. 1, Erlangen 1852, S. 18.

5) H. Marwege, contr. aest. nach röm. und heutigem Recht unter besonderer Berücksichtigung des buchhändlerischen Kond.-Vertrages, Rostock 1904, S. 70.

fließen nämlich so spärlich, daß wir anders nie zum Ziel kommen und an den richtigen Stellen ergänzen können[6]).

Zunächst werden wir uns mit dem contr. aest. des römischen Rechts beschäftigen müssen und dann sehen, wie sich die gewonnenen Resultate für den heutigen Trödelvertrag verwerten lassen, d. h. welche Wandlungen der Vertrag im Verlauf von zwei Jahrtausenden durchgemacht hat. Wir beginnen mit einer Quellenexegese und stellen zuvörderst fest, welche Quellenstellen auf unseren Vertrag zutreffen.

Unter dem Trödelvertrag versteht man den Fall, daß der A dem B eine Sache unter bestimmter Wertangabe hingibt, damit B sie in eigenem Namen und auf eigene Rechnung verkaufe, ohne daß B zu besonderen Verkaufsbemühungen verpflichtet wird, sondern nur nach gewisser Zeit entweder die Sache oder die Taxsumme zurückgeben muß; damit also das Recht hat, das, um was er sie mehr verkauft, zu behalten[7]). Nicht nötig ist es, daß er mit einem Trödler abgeschlossen wird, ja sogar das wird der seltenste und wirtschaftlich unbedeutendste Fall sein. Auch auf den Namen, den die Parteien ihren Verträgen geben, kommt es keineswegs an, so daß oft, wenn die Parteien von Kommissionsgeschäften usw. reden, in Wirklichkeit ein Trödelvertrag vorliegt. Das übersieht Fr. v. Zwehl[8]) wohl, wenn er unserem Vertrag eine so unbedeutende Rolle im heutigen Rechtsleben zuweist, während er gerade in einzelnen Gewerben von hervorragender Bedeutung ist, z. B. im Uhren- und Goldwarenhandel, im Kunsthandel, im Handel mit Chemikalien usw. Ob auch das buchhändlerische Konditionsgeschäft, also die Geschäfte zwi-

6) Aus dem gleichen Grunde fragt sich z. B. Friedrichs, S. 2, was wollen die Parteien mit dem Vertrag wirtschaftlich erreichen. Friedrichs, Trödelvertr. und Kond.-Vertrag, Breslau 1890.

7) Hedemann, Schuldrecht, S. 114, definiert: Ein Vertrag, bei dem einem anderen, seitens eines Lieferanten Sachen zum Vertrieb mit der Bestimmung übergeben werden, daß dieser nach Ablauf der Frist die Sache entweder zurückgibt, soweit er sie also bei seinen Kunden nicht vertrieben hat, oder einen von vornherein festgesetzten Preis zahlt, der unabhängig von dem Erlös ist, den er seinerseits bei dem Kunden erzielt.

8) Fr. v. Zwehl, Der Trödelvertrag nach gemeinem und deutschem Recht, Bonn 1908, S. 7.

schen Sortimenter und Verleger unter die Kategorie des Trödelvertrags fallen, wird am Ende der Abhandlung seine besondere Untersuchung finden; die Verfasser des BGB. jedenfalls erklären sie wie auch die vorhergenannten Geschäfte als zwar in manchen Stücken vom gewöhnlichen Trödelvertrag abweichend, im wesentlichen für eine Form desselben [9]).

Eine weitere Frage möchten wir der Untersuchung unserer Hauptaufgabe voranstellen: Hat es überhaupt noch Sinn, wenigstens für das heutige Rechtsleben, sich mit diesem Gebilde zu beschäftigen, insbesondere in der angedeuteten Art vom römischen Recht ausgehend, da „durch die Einführung des BGB., wie Endemann [10]) sagt, die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze ohne Rücksicht darauf aufgehoben sind, ob sie einen Ersatz im BGB. gefunden haben oder nicht; auch zu dessen Ergänzung nicht mehr tauglich sind". In der Tat hat unser Vertrag im BGB. keine Aufnahme gefunden, weil, wie die Motive erklären, es nicht möglich sei, auch nur einen größeren Teil der Formen, unter denen der Trödelvertrag auftrete, gemeinschaftlich zu regeln [11]). Doch scheint uns die Endemannsche Ansicht entschieden zu weit gegangen. Gewiß ist in erster Linie das geltende Recht heranzuziehen zur Beurteilung und Auslegung von Verträgen, die im BGB. keine spezielle Normierung gefunden haben, doch soweit Lücken vorhanden, sind die früheren Vorschriften

---

9) Fr. v. Zwehl verneint die Zugehörigkeit S. 7, daher seine Ansicht über die geringe Bedeutung des Vertrages.

10) Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts, Bd. I, S. 75, 9. Aufl., Berlin 1903.

11) „Die Rechtsnormen über Kauf, Auftrag, Verkaufskommission, Dienst- und Werkvertrag und Gesellschaftsvertrag, verbunden mit dem im Einzelfall zu ermittelnden Parteiwillen, werden regelmäßig die richtige Entscheidung an die Hand geben." (Motive, 2, S. 517.) In Wirklichkeit hielt aber ein anderer Grund die Gesetzesverfasser von einer Normierung zurück, nämlich die Unsicherheit über den Begriff und das Wesen des Kontrakts. Vor allem ist mit dieser Erklärung der Motive nicht viel gewonnen, denn solange wir uns nicht über das Wesen vollkommen klar sind, können wir auch nicht die Vorschriften der genannten Verträge analog anwenden.

sehr wohl noch zur Ergänzung tauglich, d. h. natürlich nur soweit sie nicht dem geltenden Recht zuwiderlaufen, und auch dann sind sie nicht etwa mit Gesetzeskraft ausgestattet, sondern dienen nur als Mittel zur Auslegung des Parteiwillens.

Um aber überhaupt die Vorschriften des BGB. auf (typ.) Verträge anwenden zu können, die in unserer heutigen Gesetzgebung keine Regelung erfahren haben, ist es nötig, auf ihre Entstehung oder wenigstens frühesten Formen zurückzugehen, d. h. man muß das Wesen dieser Verträge erkennen lernen, um sie analog von gesetzlich geregelten Verträgen zu behandeln.

Die Frage nach der Natur des Trödelvertrages bzw. des röm.-rechtlichen contractus aestimatorius hat also auch heute noch nicht nur juristisch-ästhetischen, sondern direkt praktischen Wert, könnte die Untersuchung ja sogar ergeben, daß unser Vertrag nur eine Spielform eines gesetzlich geregelten Kontrakts ist und dessen Normen durchaus auf den Trödelvertrag Anwendung finden.

Ausführung.

§ 2. Titel 19,3.

Die Zweifel über die rechtliche Natur des Trödelvertrags haben schon die Römer beschäftigt. Ihre Juristen haben für den Vertrag, der später unter dem Namen contractus aestimatorius auftrat, keinen Eigennamen. „Auch eine Beschreibung desselben (definitio) liegt nicht vor[1] [2]). Nimmt man hinzu, daß in den wenigen Fällen, wo ihn die Kasuistik aufgreift, nur je einzelne Züge desselben sichtbar werden, so möchte man zweifelhaft werden, ob denn die Römer diesen Vertrag wirklich gehabt, ob wir ihn aus jenen zerstreuten Stücken zusammensetzen und als ihr Werk hinstellen dürfen?" Trotzdem wir nun im folgenden bei der Untersuchung „jener Fälle, wo ihn die Kasuistik aufgreift", feststellen werden, daß keine dieser sog. leges fugitivae vom Trödelvertrag handelt, sondern einzig und allein der Titel 19, 3, trotzdem aber auch dieser Titel unseren Vertrag nur bruchstückweise erkennen läßt und nicht den contr. aest., sondern die actio aestimatoria zum Thema hat, hoffen wir die Zweifel, die Brinz mit manchen anderen Bearbeitern teilt, zerstreuen zu können. Ob der Vertrag allerdings eine größere Bedeutung hatte, läßt sich füglich bezweifeln, denn es wäre sonst zu merkwürdig, daß die Römer ihm in ihrem Schrifttum so wenig Beachtung schenkten.

Seit über unseren Vertrag geschrieben und seine rechtliche Natur untersucht wurde, ging man vom dritten Titel des 19. Buches der Digesten als der sedes materiae aus, der auch die Ueberschrift de aestimatoria trägt; wir wollen ihn ebenfalls zum Ausgangspunkt unserer weiteren Untersuchung machen. Da dieser Titel für unsere Arbeit von ganz außer-

1) Brinz, S. 1.

2) Brinz selbst gibt S. 4 eine ausgezeichnete Definition: Si rem aestimatam vendendam tibi dedero, ut aut eandem mihi afferres aut pretium, quove pluris vendidisses, tibi haberes.

ordentlicher Wichtigkeit, andererseits die Richtigkeit seiner Ueberlieferung äußerst bestritten ist, so daß schon dieserhalb ein heftiger wissenschaftlicher Streit entbrannt, lasse ich den genauen Wortlaut, so wie er uns von den Kompilatoren überliefert ist, folgen:

l. 1. Actio de aestimato proponitur tollaendae dubitationis gratia: Fuit enim magis dubitatum, quum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videatur, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati, melius itaque visum est, hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide; quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus. § 1. Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua conveniret.

l. 2. Haec actio utilis est, etsi merces intervenit.

Selbst diese Stelle, die bis Chambon [3]) unbestritten als von unserem Vertrag ex professo handelnd angesehen wurde, soll nach Brinz [4]) und Ihering [5]) sich nicht auf den Trödelvertrag allein oder überhaupt beziehen, sondern alle Verträge umfassen, bei denen eine aestimatio einzuklagen ist; doch sind die Gründe, die Brinz dafür ins Feld führt, keineswegs überzeugend. Er sagt, die Worte quotiens enim usw. geben eine Ungereimtheit, da doch Ulpian sicher keine Allerweltsklage mit der actio de aestimato einführen wollte. Um diese Ungereimtheit zu beseitigen, ändert er „an dem vorderen Stück der Paraphrase: actionem in: aestimatio-

---

3) Vgl. Chambon, S. 35, der sich keineswegs darum kümmert, ob Titel 19,3 auch etwa von anderen Verträgen handeln kann, sondern nur sich z. B. mit A. Faber (ration. in Pandectar, lib. XIX, tit. 3, ad leg 1) auseinandersetzt, ob die Römer den Namen „aestimatoria" kannten oder nicht, und ob die a. aest. „eine bevorzugte Stellung neben den übrigen p. v. actiones" hatte.

4) Brinz, S. 43.

5) Iherings Jahrbücher für Dogm., Bd. 15 (1877), S. 389.

nem“ [6]). Und dehnt so die Trödelklage auf alle aestimatorische Innominatkontrakte aus. Es leuchtet auch zunächst sehr wohl ein, „daß nicht für das einzige vendendum dare — worunter Brinz [7]) durchweg den Trödelvertrag versteht — de aestimato ediciert wurde“ und Brinz glaubt die Richtigkeit seiner Worte durch das „contractus alicuius“ und jenes „magis dubitatum“ bewiesen zu sehen. Nun ist zunächst seine Uebersetzung, „es wurde vorzüglich (bei dem vendendum dare) gezweifelt“, ziemlich willkürlich [8]), und ebenso wenig seine Emendation zwingend. „Der erste Grundsatz jeder Textesinterpretation ist, die Konjekturalkritik nicht ohne zwingenden Grund vorzunehmen [9]).“ Mit Recht fragt Th. Schneemann [10]): Liegt denn hier ein so zwingender Grund vor? Liest man den angeführten Pandektentitel unbefangen durch, so kommt man unbedingt zu dem Ergebnis, daß er so, wie er uns vorliegt, recht guten Sinn gibt und eine Emendation durchaus nicht nötig ist oder höchstens in den bescheidensten Grenzen vorgenommen werden darf. Der schon erwähnte Schneemann sagt sehr richtig, daß unter aliquis contractus eben nicht jeder beliebige Vertrag zu verstehen ist, sondern unter Berücksichtigung der vorhergehenden Sätze nur „irgend ein Vertrag“ gemeint sein kann, bei dem eine res aestimata vendenda datur; Iherings spöttische Bemerkung über die Allerweltsklage ist also durchaus nicht am Platze. Es ist auch keineswegs erforderlich, das alicuius in huius zu verwandeln, wie es z. B. von Liebert S. 102 vorgeschlagen wird, der dann aber die Stelle übersetzt: „so oft über den Namen eines derartigen (d. h. cum aestimatione) Vertrages Zweifel entstanden, also nicht nur cum res aestimata vendenda datur, sondern allemal, wenn ein Vertrag durch Hinzutreten einer aestimatio abgeändert war.“ Liebert dehnt damit die a. a. auf alle aestimatorischen Verträge aus. Dazu besteht

6) Aehnlich Liebert, Beiträge zur Lehre vom contr. aest., S. 100 ff.

7) Vgl. Brinz, S. 4.

8) Besser Glum, Gefahr beim Trödelvertrag, Berlin 1893, S. 25, Anm.: Zu sehr als daß der Zustand länger hätte belassen werden können.

9) Vgl. Baron, Pandekten, § 6.

10) Th. Schneemann, Lehre von der Entwicklung und der Natur des contr. aest., Erlangen 1897, S. 19.

gar keine Veranlassung, da für die benannten Verträge, auch wenn eine aest. hinzutrat, die benannten Klagen gegeben waren. Unnötig ist auch eine Wiederholung der Worte cum res aestimata vendenda datur hinter quotiens enim, wie dies E. Michaelis [11]) S. 50 vornimmt, denn der Sinn der Stelle würde dadurch keineswegs geändert. Damit entfällt auch ohne weiteres die Brinzsche Emendation, actionem in aestimationem zu verwandeln, ganz abgesehen davon, daß meines Erachtens aliquam aestimationem an dieser Stelle sehr unjuristisch klingt. Außer diesen Bedenken stehen noch andere, nicht zuletzt der Wortlaut des Titels entgegen: cum res aestimata vendenda datur. Nur in diesem Falle soll die actio de aestimato Anwendung finden. Es ist auch keineswegs richtig, wenn Ihering [12]) [13]) behauptet, „die von ihm angenommene allgemeine actio de aestimato entspräche einem unabweisbaren Bedürfnis, weil in dem Falle, wo bei einem auf Rückgabe einer Sache gerichteten Kontrakt die Zahlung einer aestimatio verabredet worden war, der Gläubiger nicht die entsprechende Kontraktsklage bekommen dürfte, da ihr gegenüber der Beklagte nicht das Recht gehabt hätte, die aestimatio zu geben, der Richter ihm vielmehr in Form des arbitrium die Naturalrestitution der Sache hätte auferlegen müssen". Dagegen führt Cohn [13a]) Seite 9 ff. mit Recht aus, daß der Richter gerade bei den bonae fidei contractus eine freiere Stellung hatte „und danach urteilen mußte, quidquid ex fide bona dare facere oportere," daß er also auch alle Nebenabreden berücksichtigen mußte, die aestimatio bei diesen dem Trödelvertrag so ähnlichen Verträgen mit der entsprechenden Kontraktsklage eingeklagt werden konnte, sowie dem Schuldner in dem arbitrium anheim gestellt werden mußte, sich durch Zahlung der aestimatio zu liberieren. In demselben Sinne entscheidet Neuschler [14]), der Bechmann und Karlowa folgend den Brinz-Iheringschen Standpunkt quellenmäßig widerlegt. — Im übrigen widerspricht sich Brinz selbst, denn er sagt S. 4: „Die Römer hatten zwar keinen Eigennamen wie

11) E. Michaelis, Der Trödelvertrag, Erlangen 1900.
12) Ihering, S. 389.
13) Ihm folgend Liebert, S. 22.
13a) Cohn, Trödelvertrag nach gem. Recht, Berlin 1890.
14) Zur Lehre von den aest. Rückgabeverträgen, S. 103 ff.

wir, aber einen eigenen Namen; der römische Name für unseren Trödelkontrakt ist vendendum dare." Also überall, wo von einem vendendum dare gesprochen wird, steht unser Vertrag in Rede; es müßte also doch nach dieser Ansicht auch der 3. Titel Buch 19 vom Trödelvertrag handeln.

Ebensowenig darf man sich wie Brinz an der Ausdrucksweise aestimatoria praescr. verbis actio stoßen. Lenel [15]) schließt gerade daraus, daß die actio aestimatoria die älteste pr. v. actio war; so nimmt auch Vangerow [16]) an, daß „die a. a. den Uebergang bedeutet von den alten aus benannten Kontrakten entspringenden Klagen zu den pr. v. actiones und der konservative römische Sinn an der althergebrachten wenn auch nicht mehr ganz passenden Bezeichnung festhalten ließ". Sie wird durch den Zusatz aestimatoria auch keine benannte Klage, sondern bleibt eine Unterart der pr.v.a[17]).

Außer Brinz und Ihering ist es wohl nur noch Schulz [18]), der den 3. Titel des 19. Buches als nicht zum contr. aest. gehörig gelten lassen will. Gegen ihn wendet sich Fr. v. Zwehl [19]), der aber aus Gründen, die wir nicht gutheißen können, die Schulzsche Ansicht verwirft. Deshalb ist es nötig, auch die Meinung dieser beiden Bearbeiter einer ausführlichen Kritik zu unterziehen.

Schulz geht davon aus, daß es im römischen Recht verschiedene Arten der aestimatio gibt — was vor ihm schon besser und ausführlicher Chambon dargestellt hat [20]) — nämlich eine aestimatio venditionis causa, eine aest. taxationis causa und eine dritte, die Schulz die Versicherungsaestimation nennt und von der gerade der 3. Titel handelt. Die aestimatio taxationis causa wird lediglich zu Vermeidung späterer Streitigkeiten festgestellt, „es handelt sich also um eine Vor-

15) Lenel, Edictum perpetuum, S. 238.

16) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, S. 246.

17) Ebenso Th. Schneemann, S. 19/20 u. 17, der außerdem durch den überleitenden Charakter des Trödelvertrages von den benannten zu den unbenannten Kontrakten und ihre Klagbarkeit die merkwürdige Tatsache erklärt, daß man der actio aestimatoria einen eigenen Digestentitel einräumte.

18) P. R. Schulz, Beiträge zur Erkenntnis der Quellen und der Lehre vom contr. aest., Leipzig 1904, S. 40 u. 62.

19) Fr. v. Zwehl, S. 9, S. 15 ff.

20) Vgl. auch Liebert, S. 48 ff.

sichtsmaßregel, welche vollständig außerhalb des Vertrages steht“ [21]). Die aest. venditionis causa dagegen bewirkt, daß die vereinbarte Aestimationssumme allein geschuldet wird und die res selbst aus der Obligation ausscheidet. Dadurch wird das ganze Geschäft zum Kauf und es findet entsprechend die actio ex vendito statt. Die aestimatio des 3. Titels steht nun zwischen beiden; einerseits bürdet sie dem Empfänger omne periculum auf, andererseits schuldet er im Gegensatz zur aest. venditionis causa nicht von vorneherein die Aestimationssumme allein, sondern der Trödler hat die Möglichkeit durch Rückgabe der Sache sich aus dem Schuldverhältnis zu lösen. Wie dies Recht juristisch qualifiziert ist, darüber später. Schulz schließt nun daraus, daß dieser Aestimation wegen die Klage ex vendito bzw. die actio locati usw. nicht zulässig war, daß zwar je nach den Parteivereinbarungen ein Kauf-, Dienst- oder Werkvertrag vorlag, „der aber infolge der ihm eigentümlichen aestimatio eine Anwendung der Mandats- und Mietklagen nicht zweifelsfrei zuließ“ [22]). Diese Ansicht läßt sich vertreten, sinnlos ist es aber, wenn Schulz fortfährt, „somit ein contractus sui generis“. Entweder ist und bleibt das Geschäft ein Mandat, Kauf oder Werkvertrag, oder es wird durch die aestimatio ein eigner, nämlich unser Trödelvertrag; beides aber gleichzeitig zu sein, geht nicht. Allerdings waren die Kontraktsklagen der Aestimation wegen nicht zulässig, weil nämlich diese aestimatio das Wesen des Vertrags, aus denen sich der Trödelvertrag entwickelte, vollständig umwandelte, weil der Vertrag seine Natur als Mandat, Kauf oder Werkvertrag verloren hatte, weil ein contractus sui generis entstanden war. Da das römische Recht nicht wie ein deus ex machina in die Weltgeschichte eintrat, sondern sich dem vorsichtigen und konservativen Sinn der Römer entsprechend langsam aus einfachen zu komplizierteren Verhältnissen entwickelte, so zwängte man, solange die Entwicklung des Rechts hinter den tatsächlichen Verhältnissen zurückblieb, diese neuen Verhältnisse in alte Formen und bediente sich in unserem Falle noch der Formen des bedingten Kaufs, des Mandats usw. Aber es blieb ein Notbehelf, bis die Entstehung des Trödelvertrages diesen Uebelstand beseitigte.

21) Schulz, S. 15.
22) Schulz, S. 29.

Fr. v. Zwehl [23]) greift besonders „die von Schulz-Chambon beliebte Rubrizierung der aestimatio“ an, indem er sich auf Chambons Kritiker Brinz stützt, der S. 41 sagt, „daß die aestimatio nichts bewirke, also auch keine Gefahr“. Die aestimatio sei nicht Grund, sondern Beweis des Gefahrüberganges [24]). „Wäre die aestimatio Ursache einer größeren Haftung, wie könnte sie bald bloß zur Diligentia, bald zur Prästation des perikulum verpflichten — sie, die doch immer ein und dieselbe ist [25])“. § 1 des 3. Titels sagt aber ausdrücklich: aestimatio facit periculum [26]). Also die bewirkt doch etwas. Der Einwand Brinz S. 41, daß die aestimatio eine Folge des Gefahrübergangs wäre und nicht umgekehrt, ist genau so falsch, als wollte man sagen, im BGB. hänge die Eintragung vom Uebergang des Grundstückseigentums ab. Chambon begründet seine Ansicht sehr richtig, daß die aestimatio nur an die Stelle eines pactum trete, durch welches die Gefahr übertragen werden kann. Und warum soll die aestimatio nicht verschieden wirken können, demnach selbst verschiedenartig sein? Gewiß ist der rein äußere Vorgang immer derselbe, was aber die Parteien damit wollen, ist sehr verschieden. Chambon hat sich über die mehreren Arten der aestimatio so ausführlich ausgelassen [27]), daß wir hier nichts weiter anzuführen haben, sondern auf seine Ausführungen verweisen können [28]). Einer dieser Aestimationen verdankt nun die actio pr. v. aest. ihre Entstehung. Während nach Chambon [29]) bei der aest. vend. causa der ursprüngliche Vertrag entweder sogleich zum

---

23) Zwehl, S. 16.

24) Ihm folgend Liebert, S. 94/95. Dagegen Glum, S. 20, der besonders betont, daß dies gar nichts Ungewöhnliches bei den Römern sei, die gern einen Vertrag vom prozessualen Standpunkt betrachteten.

25) Brinz, S. 41.

26) Wohlfahrt, S. 19, übersetzt facit: die aestimatio bestimmt die Gefahr, d. h. die Höhe der Entschädigung. Dann wäre sie nur taxationis causa.

27) Vgl. Liebert, S. 48 ff.

28) Ebenso tritt Cohn, Trödelvertrag, § 2, S. 13 ff., § 3, S. 27 ff., für eine solche Unterscheidung ein.

29) Chambon, S. 29.

Kauf wurde, oder bis zum Untergang der Sache das Verhältnis unberührt blieb und dann erst ein Kauf eintrat, so hat die aestimatio eine ganz andere Wirkung, wenn „der Empfänger nach seiner Wahl entweder die Sache oder das Pretium restituiern darf". „Hier stehen der Vertrag und die Aestimation in der Weise nebeneinander, daß letztere weder erst dann wirksam wird, wenn erstere nicht mehr ihrer Natur gemäß erfüllt werden kann, noch auch sofort ihm alle Bedeutung nimmt, indem sie an Stelle des Objekts seiner Erfüllung ohne weiteres die Schätzungssumme treten läßt. Beide Momente befinden sich ihrem Inhalt nach im Widerspruch und die Bestimmung der Klage muß davon abhängen, welches Moment nach der Parteiabsicht das Stärkere ist." Die darum entstehenden Zweifel sind es, die nach Chambon zur Einführung der actio aest. führten. — Uebrigens divergieren die Ausführungen v. Zwehls mit denen Chambons doch nur in sehr äußerlichen Momenten, denn auch von Zwehl gibt S. 19 zu, daß sich die Römer an das sichtbare Element halten und die Wirkung des (wohl oft stillschweigend geschlossenen) pactum der aest. zuschreiben. — Ueberwog das Moment der aest., so daß die actio aest. Anwendung fand, so war damit ein neuer Kontrakt ins Leben getreten, der contractus aestimatorius.

Fr. v. Zwehl hält es für unwahrscheinlich, daß aus drei verschiedenen, wenn auch verwandten Verträgen infolge der aest. und des rein äußerlichen vendendum dare ein und dasselbe negotium sui generis entstanden sei. Aehnliches mag auch Koch [30]) zu der Behauptung veranlaßt haben, daß dem durch die aest. zu einem selbständigen Vertragstypus gewordenen Geschäft im gegebenen Falle einer der genannten Zivilverträge zugrunde lag. Dieser Ausweg ist aber keinesfalls notwendig, denn gerade so wie im BGB. der Werklieferungsvertrag aus Kauf und Werkvertrag einfach dadurch entsteht, und zwar als contractus sui generis, daß der Unternehmer eigenen Stoff verarbeitet, so kann die besondere aest. aus drei verschiedenen Kontrakten diesen einen Trödelvertrag

30) Paul Koch, Der gemeinrechtl. contr. aest. und das moderne Kommissionswarengeschäft, Leipzig 1906, S. 23.

entstehen lassen. Das ist es ja gerade, was die Natur unseres Vertrages so schwer zu erkennen macht[31]).

Die Entgegnung v. Zwehls wäre also nicht geeignet gewesen, Schulz' Ansicht zu widerlegen, sondern es mußte darauf hingewiesen werden, daß in der l. i. pr. D. 19, 3 gerade diese eigentümliche Versicherungsaestimation zur Einführung der aest. p. v. a. trieb und damit einen neuen Vertrag schuf.

Aber gegen die Ansicht, es werde in der l. i. cit. ex professo vom Trödelvertrag gehandelt, kann man sagen, daß auch hier nur bruchstückweise der Trödelvertrag erörtert wird, (cum res aest. vendenda datur und aestimatio facit autem periculum) dagegen die actio aestimatoria das Thema des Titels ist.

§ 3. Die leges fugitivae.

‹ Cum res aestimata vendenda datur. Können wir aus diesen Worten irgend einen Anhalt gewinnen, der uns etwas über das Wesen des Trödelvertrags aussagt, eine Definition oder Bezeichnung gibt? Brinz wollte in vendendum dare einen „eigenen" Namen, wenn auch keinen Eigennamen sehen[1]). Er stützt sich dabei auf die l. ii. pr. D. r. cr. (12, 1), wo es heißt, quemadmodum si alii dedissem vendendam und sagt: „Natürlich denkt er dabei an einen einzelnen bestimmten Kontrakt, sonst könnte er nicht vergleichen; die Worte vendendum dare, so allgemein sie an sich sind, scheinen ihm genügend, seinen Lesern zu sagen, was für einen Kontrakt er meint." Daß es aber doch nicht der Trödelvertrag ist, an den Ulpian hier denkt, führt Cohn S. 33 ff. und Glum

---

31) v. Zwehl meint S. 16, wie können die Römer so verschiedenen Dingen den gleichen Namen geben. Das haben wir aber im heutigen Recht auch: die Einrede des BGB. hat z. B. eine ganz andere Bedeutung wie die Einrede der ZPO. v. Zwehl sieht übrigens selbst ein, daß der Streit nur um Worte geht, denn S. 17 am Ende sagt er: Diese Parteiabrede ist streng zu scheiden vom Aestimationsakt. Wenn man sich hierüber klar ist, mag man ja immerhin aestimationes venditionis und taxationis unterscheiden.

1) S. 2 ff.

S. 60 ff. überzeugend aus[2]). So beweist Glum aus der L. 88 D. 46, 3, daß das einfache vendendum dare nicht nur nicht ein terminus technicus für den Trödelvertrag ist, sondern geradezu auf das Mandat verweist, d. h. solange keine merces ausgemacht.

Es ist also nicht angängig, nun ohne weiteres alle Fälle, in denen von einem vendendum dare die Rede ist, zum Trödelvertrag zu rechnen; andererseits darf man aber auch nicht verkennen, daß das vendendum dare als wesentliches Element unseres Vertrages immerhin ein Fingerzeig und Wegweiser sein kann, und wenn dann noch hinzu kommt, daß eine res aestimata zum Verkauf gegeben wurde, so liegt es sehr nahe, an den Trödelvertrag zu denken, obwohl auch dies noch kein absoluter Beweis ist. So sind in der L. 17 § 1 D. 19, 5 margarita aestimata übergeben, ut pretium eorum adferres, also zum Verkauf, und trotzdem ist es außerordentlich zweifelhaft, ob diese sogenannte lex fugitiva zum contr. aest. gehörig[3]). Aber warum bzw. warum nicht? Bevor wir diese Frage beantworten und auf den Wortlaut der L. 17 kritisch eingehen können, müssen wir zunächst versuchen, aus dem 3. Titel die Momente herauszuarbeiten, die das Wesen des Vertrags bestimmen.

Zwei Erfordernisse fallen sofort auf, eine aestimierte Sache muß vendenda gegeben sein. Von der Frage, ob Real- oder Konsensualvertrag, möchte ich hier noch absehen. Kein wesentlicher Bestandteil, sondern nur eine Folge des contr. aest. ist der Gefahrübergang, genau so, wie im heutigen bürgerlichen Recht, die Haftung nicht zum Inhalt einer Obligation gehört, sondern Folge ist. Es heißt dann aber weiter: aut igitur debebit ipsam rem incorruptam reddere aut aestimationem, de qua conveniret. Dieser Satz ist außerordent-

---

2) Cohn geht davon aus, daß Brinz die L. 11 cit. mit der L. 17 § 1 D. 19, 5 vergleicht und wegen der „Gleichheit" der Gefahrtragung glaubt, es sei in beiden Stellen von demselben Vertrag die Rede; Cohn legt jedoch dar, daß die L. 17 § 1 D. 19, 5 gar nicht zum Trödelvertrag gehöre, außerdem aber die Gefahrtragung in der L. 17 cit. und der L. 11 cit. grundverschieden geregelt sei.

3) Fr. v. Zwehl zitiert die Stelle falsch als D. 19, 2, während sie zu den a. pr. v. a. (also 19, 5) gehört.

lich irreführend; durch das igitur wird angedeutet, daß er nur periculum erklären will. Man darf deshalb unter keinen Umständen daraus folgern, daß Ulpian hiermit erklären wollte, es werde entweder die res oder die aestimatio alternativ[4]) geschuldet und weiter, daß der Mehrerlös dem scrutarius gehöre, sondern: § 1 sagt: Der Trödler trägt die Gefahr; daraus folgt, daß die Sache incorruptam zurückzugeben ist. Kann sie das nicht, so ist jeweils der Schaden zu ersetzen, der sich nach der aestimatio berechnen läßt, diese aber nicht übersteigen darf. Von einer Alternativität ist jedoch mit keinem Wort gesprochen. Ebensowenig will dieser Satz das Recht auf den Mehrerlös feststellen. Das Recht, daß dem scrutarius ut quo pluris vendidisses gehören soll, ist in der gemeinrechtlichen Literatur ganz allgemein als wesentliches Erfordernis des contr. aest. aufgestellt und wir wollen sehen, ob wir es der L. 1 D. 19, 3 entnehmen können.

Propter aestimationem wurde geklagt, also nicht der Erlös, sondern das, um was die Sache dem Geber feil war, steht in Frage. Wäre es der Erlös, den der Geber einklagen wollte, so hätte eben ein Auftrag vorgelegen und die Aestimation wäre nur für den Fall des völligen Untergangs in Frage gekommen; dann wäre sie nur aest. taxationis causa gewesen. L. 1 will jedoch die a. a. nicht für diesen Ausnahmefall des Untergangs allein geben, sondern ganz allgemein, cum res aestimata vendenda datur. Man darf aber aus dem Gesagten (propter aestimationem wurde geklagt usw.) nicht schließen, daß das Recht auf den Mehrerlös lediglich eine Folge der aest. sei, wie wir später bei der Besprechung der Essentialien genauer ausführen werden, sondern ein wesentlicher Bestandteil, für den die aestimatio natürliche aber nicht rechtliche Voraussetzung ist.

Als Ergebnis der Betrachtung des 3. Titels stellen wir fest, daß der Trödelvertrag danach die Hingabe einer aestimierten Sache vendenda ist, mit der Berechtigung des scrutarius den Mehrerlös zu behalten. Nimmt man noch die obige Begründung, die sich aus den Worten propter aestimationem und dem Zweifel utrum ex vendito sit actio ergibt, für die Einführung der a. a. hinzu, so ergibt sich ohne weiteres als viertes Merkmal die sogenannte „Alternativobligation".

4) Wie dies Schulz S. 12 und Zwehl S. 24 wollen.

Mit dem so gewonnenen Resultat können wir jetzt an die leges fugitivae herantreten und untersuchen, welche hierher gehören. In Frage kommen zunächst die L. 17 § 1 D. 19, 5 und L. 13 pr. eod. Die L. 17 cit. regelt die Gefahrtragung derartig abweichend von der L. 1 D. 19, 3, daß eine Reihe Bearbeiter schon aus diesem Grunde gesagt haben, es sei unmöglich, daß diese beiden Stellen von ein und demselben Vertrag handelten[5]). Brinz[6]) versucht die Antinomie so zu erklären, daß er die L. 1 D. 19, 3 von den aestimatorischen Verträgen im allgemeinen und die L. 17 cit. speziell vom Trödelvertrag handeln läßt. Wir haben oben (S. 14 ff.) schon versucht, diese Ansicht zu widerlegen. — Anders möchte Wohlfarth[7]) helfen. Er gibt eine Erklärung für das „autem" dahin, daß er sagt: „Die aestimatio wird hier verglichen mit den vorher abgehandelten bonae fidei judicia, alles wie dort; nur in einem Stück Unterschied: Während sonst alles in das Ermessen des Richters gestellt ist, ergibt sich aber hier die Gefahr aus der aestimatio." Damit ist jedes Ermessen des Richters ausgeschlossen. Wohlfarth erklärt dann weiter, da die aestimatio nichts bewirke, also auch keine Gefahrtragung, kann das facit periculum nur heißen: Die Höhe der Entschädigung wird durch die aestimatio bestimmt. Er zieht daraus die allerdings nicht nötige Konsequenz, daß der Trödler auch im Falle einer bloßen Beschädigung der Sache die Aestimationssumme bezahlen müsse. Nach seiner Meinung regelt also die L. 1 cit. nur die Höhe der Gefahr, die L. 17 nur das Wann. Wie wir oben schon dargelegt, bewirkt die aestimatio gerade den Gefahrübergang, so daß wir auch den weiteren Ausführungen Wohlfahrts nicht folgen können. Cohn S. 35 in Anlehnung an Lipp macht darauf aufmerksam, daß es schon zu Zweifel anregen muß, daß die L. 17 § 1 nicht unter 19, 3 sondern 19, 5 stehe, daß keine actio aestimatoria, sondern nur eine pr. v. actio gegeben wird. Hauptsächlich stützt er sich auf den Wortlaut und sagt, es sei ein anderes das Pretium, ein anderes die aestimatio. Warum aber wurde aestimiert? Cohn gibt darauf keine Antwort. Er gibt nur den Inhalt der L. 17 mit seinen eigenen Worten

5) Lipp, Beiträge zur Lehre vom Trödelvertrag, S. 32 ff.
6) Vgl. Brinz, S. 41, S. 3/4.
7) Wohlfahrt, Der Trödelvertrag, Göttingen 1890, S. 19.

wieder, ohne jegliche Erklärung, welcher Art die aestimatio bzw. die aestimationes dieser lex sind. M. E. kommt nur, wenn man pretium mit Erlös übersetzt, die aest. tax. causa in Betracht. Nun fragt man sich aber sofort, warum hat der Prätor dann nicht die Mandatsklage gegeben. Hören wir wie Cohn [8]) sich dazu äußert: „Ulpian denkt hier gar nicht an ein Mandat, sondern faßt das Geschäft nur als eine species incerta auf. Es darf dies nicht Wunder nehmen, denn das Anwendungsgebiet des römischen Mandats ist sehr beschränkt. Es heißt von ihm in der L. 14 D. 17, 1, daß es ex officio atque amicitia trahit", was hier wohl kaum der Fall sein dürfte. Dieser Frage, wie sich die beiden Widerstreitenden leges vereinigen lassen, hat Glum die ganze erste Hälfte seiner Abhandlung gewidmet. Er führt darin aus, welche Versuche bis auf ihn zur Lösung des Rätsels gemacht wurden, daß Brinz einfach einen Widerspruch annähme, Ulpian habe die Augen erst in der L. 17 richtig aufgemacht; daß nach Dernburg in der L. 1 h. t. nur eine allgemeine Regelung, in der L. 17 aber eine spezielle Regelung vorgenommen sei usw. Glum selbst glaubt an gar keinen Widerspruch [10]). Glum weist die Glück-Liebertsche Lehre, daß hinter suscepit periculum zu ergänzen sei, mit Recht zurück und ebenso die Ansicht Chambons, daß in der L. 1 h. t. nur ein Prinzip, in der L. 17 § 1 D. 19, 5 die Ausnahmen festgestellt seien. — Er versteht übrigens unter periculum: omne periculum und zwar folgert er dies aus dem Wörtchen: autem; für omne periculum spricht die L. 5 § 3 D. 13, 6. — Ganz zu verwerfen sei die Ansicht Wendts, der die aestimatio auch beim Trödelvertrag für ein pactum adjectum hält, während sie doch, wie später noch darzulegen, ein wesentliches, wenn nicht das wesentlichste Element des Vertrages ist. Die weiteren Bearbeiter dieser Kontroverse, die Glum anführt, haben das eine gemeinsam, daß sie den beiden leges verschiedene Tatbestände zu Grunde legen, z. B. Puchta und Ihering. — Arnold geht ohne nähere Begründung davon aus, daß beide Stellen vom Trödelvertrag handelten, aber ungenau seien und regelt die Gefahrtragung nach seinem eigenen Gutdünken, indem er sich die L. 17 zum

8) Cohn, S. 36 ff.

10) Widerspricht sich aber S. 35.

Vorbild nimmt. — Marwege bringt einen recht vernünftigen Lösungsversuch, indem er sagt, die L. 1 D. 19, 3 ist nur ein Fall der L. 17, denn die L. 1 cit. trifft den, der die Initiative zu dem Geschäft ergreift; die Gefahr trägt — qui suscepit — wer den Entschluß faßte." Das suscipere entspricht dem rogare in L. 17 cit." — Dernburg ruft aus: „Wie die widersprechenden Meinungen zu vereinigen sind, wird wohl ewig zweifelhaft bleiben."

Wenn wir auch ausdrücklich zugeben, daß es sprachlich nicht nötig ist, in pretium und aestimatio einen Gegensatz zu finden, das eine mit Erlös, das andere mit Taxe zu übersetzen, so scheint uns doch Ulpian hier mit dieser verschiedenen Bezeichnung auch Verschiedenes haben ausdrücken wollen, sonst wäre es unverständlich, warum er diese Stelle, wo es sich nur um die Regelung der Gefahrtragung handelt, nicht der L. 1 D. 19, 3 angeschlossen oder wenigstens die Verfasser des C. J. diese Korrektur nicht vorgenommen hätten. Wir glauben deshalb ebenfalls annehmen zu müssen, daß den beiden Stellen zwei verschiedene Tatbestände zu Grunde liegen und treten im wesentlichen der Meinung Cohns bei, daß die L. 1 D. 19, 3 vom Trödelvertrag handelt, Ulpian dagegen in der L. 17 D. 19, 5 an eine species incerta denkt.

Doch wenn man auch der Ansicht derer folgt, die diese lex als vom Trödelvertrag handelnd ansehen, kann sie uns für die Erkenntnis des Wesens des Kontrakts nichts Neues bieten, sondern nur die Richtigkeit des aus Titel 19, 3 Gewonnenen bestätigen, daß eine aestimierte Sache vendenda datur, mit der Verpflichtung des Verkäufers die Sache oder Taxe (dann also pretium gleich aestimatio) zurückzugeben und der Berechtigung des Trödlers den Mehrerlös zu behalten. Daß wir trotz dieser für unsere Arbeit so geringen Ausbeute der L. 17 cit. uns so eingehend mit ihr beschäftigt haben, findet darin eine Berechtigung, daß es sich bei der Gefahrtragung um die bedeutendste Kontroverse unseres Vertrages überhaupt handelt, während man die Frage nach dem Eigentumsübergang kurz damit abtun kann, daß, wenn das Eigentum überginge, es nicht mehr nötig gewesen wäre, die Gefahrtragung zu regeln. Es wäre höchstens möglich, daß neben dem contr. aest. ein contr. aest. irregularis bestand, bei dem das Eigentum bedingt überginge. Die Frage nach dem Eigen-

tumsübergang wird erst wichtig beim Selbsteintritt des Trödlers. Dazu können wir kurz bemerken: Der Selbsteintritt des Trödlers ist die Annahme der in jedem Trödelvertrag steckenden Kaufofferte [11]). Durch den Selbsteintritt findet der Trödelvertrag sein Ende und es kommt ein gewöhnlicher Kauf zu Stande, bei dem nach römischem Recht das Eigentum erst übergeht mit Zahlung des Kaufpreises, nach heutigem Recht mit Uebergabe der Sache bzw. hier mit Abschluß des Vertrags, d. h. Annahme der Offerte (brevi manu traditio) [12]).

Als zweite lex fugitiva kommt L. 13 pr. D. 19, 5 in Betracht. Wenn man entgegen der Uebersetzung von Sintenis certo pretio auf dedissem bezieht und somit das Moment der Aestimation ersichtlich macht, so fehlt aber immer noch eines: Die sog. Alternativität. Es fehlt uns auch an jeder Möglichkeit und Berechtigung, dieselbe zu ergänzen. Ulpian denkt ebenfalls nicht an den contr. aest., sondern nur daran, daß eigentlich ein Mandat vorliegt, ein Mandat aber nach römischem Recht immer unentgeltlich sein muß, die actio mandati

11) Da das Selbsteintrittsrecht des Trödlers eine Kaufofferte ist, kommt der Kaufvertrag zustande mit dem Zugehen der Annahmeerklärung an den Geber. Wird diese Erklärung vor dem Widerruf des Trödelvertrags von Seiten des Gebers abgesendet, so ist sie auch dann rechzeitig erklärt, wenn sie dem Dominus später zugeht als dem Trödler der Widerruf. Mit Recht wendet sich Thorbeck S. 73 ff. gegen die Ansicht, daß die Erklärung des Trödlers die Offerte darstelle, die nur von dem Dominus angenommen werden könne; dann läge überhaupt kein Selbsteintrittsrecht des Trödlers vor. Andererseits geht Thorbeck zu weit, wenn er glaubt, der Selbsteintritt sei mit der Erklärung vollzogen, außerdem wenn er in dem Verschenken usw. eine konkludente Handlung für die Annahme der Kaufofferte erblickt. (Vgl. dazu S. 76.) (Bei dieser Erklärung durch konkludente Handlung verlangte Thorbeck allerdings aus praktischen Gründen, eine besondere Anzeige an den Vertragsgegner.) Zu diesem Ergebnis konnte Thorbeck ebenso wie Chambon nur dadurch kommen, daß er den Selbsteintritt als Rechtsgeschäft mit sich selbst (BGB. § 181) auffaßte. Für diese Ansicht Thorbecks spricht der Vergleich mit dem Kommissionsgeschäft (HGB. § 400), mit dem unser Trödelvertrag allerdings eine große Aehnlichkeit hat; aber es besteht doch ein Unterschied: der Kommissionär verkauft in fremdem, der Trödler in eignem Namen. Jener kann

also hier wegen des ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes nicht gegeben werden konnte, sondern die actio in factum quasi alio negotio gesto.

Entgegen unserer Ansicht nimmt von Zwehl [13]) auch die Zugehörigkeit der L. 13 D. 19, 5 zum Trödelvertrag an. Wie später noch zu erörtern, sind auch wir der Meinung, daß der Trödler nicht zur Rückgabe alternativ verpflichtet, sondern nur berechtigt, daß keine Alternativobligation, sondern eine falcultas alternativa vorliegt, die Rückgabe nicht in obligatione sondern in solutione ist. Aber das ist doch etwas ganz anderes wie etwa beim bedingten Kauf, wenn die Bedingung ausfällt, oder beim Mandat, wenn die Frist zur Ausführung nutzlos verstrichen ist, also die Leistung des Mandanten unmöglich wird; bei diesen Beispielen wird die Rückgabe sogar geschuldet, aber nicht auf Grund des Vertrages, sondern gerade auf Grund des Wegfalls des Vertrags, während der Trödler auf Grund des Trödelvertrags zur Rückgabe berechtigt ist. v. Zwehl (S. 56 f.) sagt also sehr mit Recht, daß aus dem

---

sehr wohl als Vertreter eines Anderen einen Vertrag mit sich selbst abschließen (im Rahmen des § 181), dieser kann aber nicht an sich selbst verkaufen. Das wäre Spielerei, aber kein Rechtsgeschäft.

Wir halten deshalb an der im Text vertretenen Anschauung und dem an dieser Stelle Gesagten fest, daß das Selbsteintrittsrecht eine Kaufofferte ist, die mit dem Zugehen der Annahmeerklärung den Vertrag zustande kommen läßt. Die Annahme kann allerdings auch durch konkludente Handlung erklärt werden, z. B. durch nicht Zurückgabe innerhalb einer festgesetzten Frist, wie etwa beim buchhändlerischen Konditionsvertrag.

12) Manche Bearbeiter dieser Kontroverse (vgl. Literaturangabe bei Thorbeck, Seite 42, Anm. 111) sehen in der Alternativobligation einen Beweis für den Eigentumsübergang, da der dominus nicht mit der rei vindicatio habe vorgehen können. Thorbeck (S. 42) sagt: „Die Unzulässigkeit der Vindication lasse also auf einen Eigentumsübergang schließen. Dieser Schluß ist jedoch durch nichts gerechtfertigt. Denn wäre dem so, so müßte konsequent bei allen Verträgen, bei welchen eine Sache für eine gewisse Zeit überlassen wird, und innerhalb derselben nicht zurückgefordert werden kann, wie z. B. beim Nießbrauch, Miete usw. ein Eigentumsübergang stattfindet.“ Diese Argumentation ist unrichtig, da es an einem tertium comparationis fehlt; der Trödel-

Nichterwähnen der „Alternativobligation“ in der L. 13 cit. nicht geschlossen werden darf, daß diese Stelle nicht zum Trödelvertrag gehöre, da nicht die Alternativverpflichtung, sondern die Alternativberechtigung dem Trödelvertrag eigentümlich; umgekehrt darf er aber der L. 13 cit. keine facultas altern. unterschieben, denn dazu bietet sie keine Handhabe. Es liegt hier, wie schon gesagt, eben kein Recht vor, die Sache zurückzugeben oder gegen Zahlung des Preises zu behalten, sondern lediglich die Pflicht, bei Nichtverkaufen die res zurückzuübertragen.

Dagegen scheint uns die L. 44 D. 17, 2 an den Trödelvertrag zu denken. Es sind margerita aestimata zum Verkauf gegeben und dem Trödler das Recht auf den Mehrerlös eingeräumt; liegt bei diesem Geschäft kein animus contrahendae societatis vor, so soll eine pr. v. actio statt haben; Nun kann man ohne den Wortlaut der L. 44 cit. zu verwaltigen, die Berechtigung des einen Kontrahenten ergänzen, sich durch Rückgabe der Sache vom Vertrage zu lösen. Dann

---

vertrag ist nämlich nicht wie Miete usw. zeitlich begrenzt. Aber trotzdem „ist der Schluß durch nichts gerechtfertigt“, weil seine Voraussetzung falsch ist: der dominus habe nicht die rei vindicatio. Das ist eine unbewiesene Behauptung; will der Geber nur seine res zurückfordern, also widerruft er den contr. aest., so kann er dies mit der rei vindicatio; die a. a. ist ihm für den ganz anderen Fall gegeben, wenn er die aestimatio beansprucht. — Den weiteren Ausführungen Thorbecks gegen den Eigentumsübergang, vorzüglich seiner Ablehnung der Ansicht Wendts, der Eigentümer und Verfügungsberechtigte verwechselt, ist lediglich beizutreten und nichts hinzuzufügen. Vor allem weist Thorbeck mit Recht S. 52 darauf hin, daß für einen Eigentumsübergang gar kein Bedürfnis vorhanden, im Gegenteil für den Geber eine großes Interesse besteht, daß ein Eigentumswechsel erst dann stattfindet, „wenn die Sache dahin gekommen ist, wohin sie nach dem Willen der Parteien kommen soll, nämlich an den Abnehmer des Empfängers bzw. im Falle des Selbsteintritts an diesen selbst“, da sein (des Gebers) Eigentum sonst mancherlei unnötigen Gefahren ausgesetzt ist; man denke z. B. an den Konkurs des Trödlers. (Vgl. dazu Thorbeck, S. 53 f.)

Bei Vertrödelungen vertretbarer Sachen ist bezüglich der Eigentumslage BGB. § 700 analog anwendbar. (Vgl. Thorbeck, S. 60.) Ebenso sei lediglich hingewiesen auf die Ausführungen

wird man in dieser lex fug. wohl einen Fall unseres Trödelvertrags sehen; für die Erforschung der rechtlichen Natur des contr. aest. gibt er uns aber keinen neuen Fingerzeig, ist deshalb ohne Bedeutung für unsere Arbeit.

§ 4. Die 4 Brinzschen Essentialien.

Wir haben oben schon versucht, eine Definition des Trödelvertrages zu geben und festgestellt, daß zum Begriff dieses Vertrages nach der herrschenden Lehre nötig ist: eine aestimatio, eine „Hingabe zum Verkauf", das Recht des Trödlers auf den Mehrerlös und die Alternativität der Restitutionsobjekte. Es ist unsere nächste Aufgabe zu untersuchen, ob diese Essentialien zur Individualisierung unseres Vertrags notwendig und genügend sind.

1. Die aestimatio.

An die Spitze unserer Betrachtung stellen wir das Erfordernis der aestimatio als das wesentlichste Element, das im Mittelalter dem Ganzen den Namen eingetragen hat, was aber keineswegs ein Beweis für die Essentialität ist; doch ist durch die Ueberschrift des 3. Titels de aestimatoria das Vorhandensein der aestimatio so zur Selbstverständlichkeit geworden, daß Bearbeiter wie Chambon [1]) gar nicht auf den Gedanken kamen, man könne die Wesentlichkeit der aestimatio bezweifeln, deshalb auch seine Untersuchung über die a. a. mit den Worten beginnt: „So unzweifelhaft die aestima-

---

Thorbecks in dem Fall, daß ein sogenanntes Sammellager vorliegt (vgl. S. 63), da uns diese Frage zu weit von unserem eigentlichen Thema führt, geradeso wie die Frage, was vertrödelt werden kann. Dieses sei deshalb nur kurz behandelt. Theoretisch hat Thorbeck recht, daß auch Grundstücke und Rechte zu vertrödeln sind; praktisch wird aber dieser Fall nicht eintreten. Man denke nur an die enormen Unkosten usw., die unbedingt damit verknüpft sind und das Geschäft unrentabel machen. Außerdem besteht kein Bedürfnis, da die gegebenen Geschäftstypen insbesondere die Kommission, den Anforderungen dieser Geschäfte genügen.

13) Zwehl, S. 13 ff.

toria stets und mit Notwendigkeit eine vorgängige Aestimation voraussetzt, ebenso gewiß ist sie nicht eine unbedingte Folge der letzteren und die eigentliche Schwierigkeit der Untersuchung ruht eben darin, mit Sicherheit die Fälle zu bestimmen, in denen eine Aestimation so qualifiziert war, daß sie durch eine besondere Klage Schutz finden mußte." Es blieb auch in der gesamten Literatur nur Reinhold [2]) und Wendt [3]) vorbehalten, die aestimatio als wesentlich zum Trödelvertrag zu leugnen. Daß die aestimatio wesentlich ist, geht unbestreitbar aus dem Recht des scrutarius auf den Mehrerlös hervor, denn wonach sollte sich das quo pluris vendidisses berechnen? Die aestimatio ist das feste Etwas, wonach sich das Mehr berechnen läßt [4]). Wendts falsche Ausführungen beruhen auf der ebenso falschen Meinung Brinz' von dem Wesen der aestimatio und auf dem Irrtum, daß vendendum dare der technische Name für den Trödelvertrag sei. Macht man die Probe und sieht, was bleibt, wenn man die aestimatio und damit das Recht auf den Mehrerlös entfallen läßt: Ein Vertrag, der begrifflich einwandfrei unter das Mandat paßt. Zu allem Ueberfluß sei noch darauf hingewiesen, daß doch gerade die aestimatio die Zweifel heraufbeschwor, die zur Proposition der a. a. führten und daß man eine solche Wirkung wohl kaum einer Nebenbestimmung, die gerade so gut fehlen könnte, zutrauen darf. Es ist übrigens einerlei, wer die Schätzung vornimmt — natürlich kann sie nicht der Willkür des Trödlers überlassen sein — und ob sie den tatsächlichen oder ungefähren Wert der Sache trifft, sobald nur die Parteien sie zum Inhalt des Rechtsgeschäfts erheben. Da wir soeben versuchten, die Begriffsnotwendigkeit der aestimatio zu beweisen, und im Laufe der Darstellung gezeigt haben, in welch verschiedenen Formen die aestimatio auftritt, so bleibt nur noch übrig festzustellen, was die aestimatio für den contr. aest. bedeutet. Sie soll zunächst nichts als die Restitutionssumme bestimmen. Das soll schließlich die

1) Chambon, S. 9.

2) Reinhold, S. 11/12.

3) Ihering, Jahrb. f. Dogm., Bd. 22, S. 379/381.

4) Aehnlich Thorbeck, S. 10/11, der außerdem darauf hinweist, daß Wendt charakteristische Merkmale mit essentiellen verwechselt.

aest. tax. causa und aest. vend. causa ebenfalls; aber während die erste eine Vorsichtsmaßregel ist, die jeden Streit über die Höhe des Schadenersatzes bei zufälligem Untergang der res aestimata vermeiden soll, also die Restitutionssumme nur für diesen einzelnen Fall bestimmt, und während die aest. vend. causa den ursprünglichen Vertrag, sofort oder durch zufälligen Untergang bedingt, zum Kauf macht, also die aestimatio als einziges Restitutionsobjekt geschuldet wird, so steht es hier im Belieben des Trödlers, ob er die Sache oder die aestimatio restituiert. Sie bestimmt die Summe, um die der Trödler die res verkaufen kann, ohne einen unmittelbaren Schaden zu erleiden, hat aber nicht die Wirkung, die ihr Chambon für den ersten Fall der L. 17 beimißt, daß der Trödler nicht unter der Taxe verkaufen darf. Dagegen wendet sich Brinz S. 40: „Der Herr aestimiert, damit der Trödler wisse, wieviel er heimbringen muß — wie teuer er verkauft, das ist seine Sache." Allerdings könnte durch ein pactum adjektum diese Verpflichtung, nicht unter Preis zu verkaufen, begründet werden. — v. Zwehl [5]) folgert aus der Verpflichtung zur Restitution nur der aestimatio, daß der scrutarius die ihm übergebene Sache für eigene Rechnung verkauft; zwingend ist dieser Schluß nicht, jedoch ist es richtig, daß die Römer dieses Recht für eigene Rechnung zu verkaufen, das auch heute noch dem Trödelvertrag eigen, dem Uebernehmer einräumten, ja es sogar für wesentlich hielten, wie auch Liebert [6]) darin den Hauptunterschied zum Mandat findet. Wir werden noch Gelegenheit haben, darüber zu referieren.

2. Recht auf Mehrerlös.

Keine Folge der aestimatio, sondern selbständiger wesentlicher Bestandteil des Vertrages ist das Recht auf den Mehrerlös; die aestimatio ist nur natürliche, nicht rechtliche Voraussetzung dafür. Auch hier können wir die Probe aufs Exempel machen und sehen, was bleibt, wenn dies Recht entfiele. Wir haben es oben schon angedeutet. „Ließen wir dieses fort", sagt Liebert S. 11, „dann hätte der Ueber-

5) Zwehl, S. 34.
6) Liebert, S. 36/37.

nehmer entweder gar keinen Lohn oder Gewinn zu erwarten [7]) und dann wäre ein Mandat am Platze gewesen, oder er hätte einen — vereinbarten — festen Lohn, dann wäre das Geschäft Dienstmiete, oder er hätte einen Anteil am Gewinn, dann wäre es Societät oder societätähnlich.“ Vollkommen unbestritten in der einschlägigen Literatur ist es, daß der Trödler bei einem evtl. Weiterverkauf den die aestimatio übersteigenden Erlös behalten darf, bezweifelt wird nur, daß dies Recht auf den Mehrerlös ein wesentliches Merkmal und nicht nur eine selbstverständliche Folge der aestimatio oder der Alternativität ist. Es ist merkwürdig, daß gerade Bearbeiter wie Fr. v. Zwehl S. 41, der doch mit Brinz behauptet, daß die aestimatio nichts bewirke, sondern selbst nur eine Folge des Gefahrüberganges sei, nun plötzlich das Recht auf den Mehrerlös als notwendige Folge der Schätzung ansehen. Erklärlicher ist es bei Hirschberg [8]) und Marwege [9]), die wie wir den Ausführungen Chambons über das Wesen der aestimatio folgen. Hirschberg wendet sich gegen Brinz und behauptet, das Recht des Trödlers auf das Mehr sei ebenso gewiß wie das Recht des Kaufmanns auf den Geschäftsverdienst; auf dem Trödelvertrag jedoch beruhe dies Recht nicht. Seine Beispiele, die er zum Beleg dafür heranzieht, sind sehr ungeschickt gewählt und hinkend. Wenn er sagt: Auch das Recht des Detaillisten auf den beim Weiterverkauf erzielten Gewinn steht rechtlich mit dem Kaufvertrag zwischen ihm und dem Fabrikanten in keiner Beziehung, so ist dies gänzlich belanglos für unseren Vertrag, denn es fehlt an einem tertium comparationis. In diesem Beispiel stehen zwei Kaufverträge vollständig unabhängig nebeneinander, von denen der eine ohne Rücksicht auf den andern abgeschlossen wird, nur mit dem Zweck, Eigentum zu übertragen, bevor der andere ins Leben tritt, während unser Vertrag in sehr enger Verbindung und Wechselwirkung mit dem zweiten Vertrag steht, obwohl dieser dadurch seine Selbständigkeit nicht

7) Also kein Recht auf Gewinn. Das ist zu betonen, denn es handelt sich hier nicht um den tatsächlich gemachten Gewinn, sondern um das Recht auf ihn.

8) Hirschberg, Contr. aest. und seine Beziehung zum buchhändl. Kond.-Gesch., Göttingen 1897, S. 51 ff.

9) Marwege, S. 13.

einbüßt. So fährt Hirschberg ganz richtig fort, der Mehrerlös ist ein Teil des durch den Weiterverkauf erzielten Kaufpreises und bildet, wie Reinhold S. 30 treffend sagt, ein Essentiale des zweiten, des Weiterverkaufs und nur dieses Vertrages, nicht aber auch des ersten, des vorangegangenen Trödelverkaufs". Das Gegenteil zu behaupten geht wohl nicht gut an, ist auch keinem Bearbeiter je eingefallen. Wir sagten deshalb ausdrücklich, das Recht zum Verkauf auf eigene Rechnung und damit das Recht auf den Mehrerlös gehört zum Mindesttatbestand des Trödelvertrages. Hirschberg scheint sich kaum eine halbe Seite später zu der von uns vertretenen Meinung bekehrt zu haben, indem er sagt, zweifellos ist es aber, daß sich „in dem Recht auf den Mehrerlös die Stellung des Trödlers im Gegensatz zu der des Beauftragten und des um Lohn Arbeitenden als die eines unabhängigen auf eigenen Gewinn spekulierenden Unternehmers kennzeichnet."

Brinz selbst zählt das Recht auf den Mehrerlös unter den vier Essentialien des Vertrages auf, ohne jedoch seine Ansicht zu begründen. Gegen seine Formulierung wendet sich Reinhold [10]) und Friedrichs [11]), die den Satz negativ gefaßt haben wollen, da der Empfänger „kein Recht darauf habe, einen Mehrerlös zu machen, also auch nicht berechtigt sei, einen solchen zu behalten, sondern nur in keinem Fall verpflichtet sei, einen solchen an den Geber abzuführen." Das ist nicht nur in sich unlogisch, sondern im Ergebnis auch falsch. Der Empfänger hat nämlich gerade als Anreiz zum Geschäft das Recht, einen Mehrerlös zu erzielen, ja sogar er hat das Recht, nur dann zu verkaufen, wenn das Mehr für ihn einen seiner Tätigkeit entsprechenden Gewinn darstellt, worüber er auch zu entscheiden hat. Dies und die Befugnis auf eigene Rechnung und zu eigenem Recht zu verkaufen, unterscheiden gerade den Trödelvertrag von dem Mandat [12]). (Darüber S. 43 später.) Wir halten also mit der herrschenden Meinung daran fest, daß das Recht auf Mehrerlös bzw. die Berechtigung zu eigenem Recht zu verkaufen Essentiale ist.

10) Reinhold, S. 30.

11) Friedrichs, Trödelvertrag und Kond.-Vertrag, Breslau 1890, S. 9.

12) Vgl. auch S. 42.

3. Vendendum dare.

Als drittes Essentiale hatten wir das vendendum dare erkannt. Brinz hält es geradezu für das Charakteristikum des Vertrages, welche Ansicht wir oben schon kritisch erörtert und abgelehnt haben. Nur Reinhold [13]), Hirschberg und Friedrichs bestreiten überhaupt, daß die Hingabe zum Verkaufe dem Vertrag wesentlich sei [14]); sie betrachten das Geschäft ganz einseitig vom Standpunkt des Gebers aus. Gewiß ist es diesem vollständig gleichgültig, ob das Geld, das ihm der Trödler bringt, aus dem Verkauf oder dem Vermögen des Trödlers stammt. Der dominus gibt die res wohl nur mit der Absicht hin, dafür eine bestimmte Summe Geldes zu erhalten, dieser Absicht liegt aber eine andere zu Grunde: zu verkaufen. Dazu könnte auch ein Mandat das Mittel sein. Der dominus wählt aber den Trödelvertrag, weil er hofft, auf diesem Weg schneller oder mit weniger Unkosten zu verkaufen. Der Trödler nimmt die Sache, um sie zu verkaufen, und das sofort zu besprechende Recht des Selbsteintritts ist für den Trödler nur ein Behelf, die Chance, die ihm durch Ueberlassen der Ware geboten, doch noch auszunutzen. Doch der Streit geht weiter und wird nun auch sinnvoll. v. Zwehl [15]) formuliert die Kontroverse folgendermaßen: 1. Ist der Trödler berechtigt, über die ihm übergebene Sache nur auf Grund eines Kaufes oder auch in anderer Weise, insbesondere unentgeltlich zu verfügen? 2. Ist der Trödler verpflichtet, wenn er über die Sache nicht in anderer Weise verfügt a) sich um den Verkauf zu bemühen, b) eine sich ihm bietende vorteilhafte Verkaufsgelegenheit zu benutzen? Daß der Trödler zum Verkauf berechtigt, ist unbestritten; die Ansicht, daß er aber auch in anderer Weise darüber verfügen kann, hat ihre Anhänger und ihre Gegner gefunden. Aber es ist nicht angängig, seine Meinung etwa in der Art zu bekräftigen, daß man sagt, do vendendum sei immer noch

13) Hirschberg, S. 11 ff., Reinhold, S. 7, Friedrichs, S. 12.

14) Wesentlich war vor allem das dare, da unser Vertrag ein Realvertrag war (heute ist er allerdings Konsensualvertrag; aber das ändert nichts an der Wesentlichkeit des ad vendendum dare); vgl. Thorbeck, S. 16, Anm. 45.

15) Zwehl, S. 24 ff.

etwas anderes als do ut venderes, oder wie Koch [16]) aus der gegenteiligen Ansicht folgenschwere Schlüsse zu ziehen; kommt es doch weniger auf die gebrauchten Worte als auf den erkennbaren Sinn der Parteierklärungen an. Ebensowenig kann man aus dem Recht des Selbseintritts folgern, daß der Trödler zur freien Verfügung berechtigt sei, denn das Recht des Selbst-Kontrahierens ist zwar eine gewöhnliche Begleiterscheinung des Trödelkontrakts, aber ein wesentliches Merkmal ist es nicht [17]). Umgekehrt könnte man eher aus dem Recht auf freie Verfügung auf die in jedem Trödelvertrag liegende Offerte zum Selbsteintritt — eine gewöhnliche Kaufofferte [18]) [19]) schließen, die jedoch durch besondere Abmachungen außer Kraft gesetzt werden könnte; wird sie angenommen, so findet der Trödelvertrag sein unrühmliches Ende und ein regelmäßiger Kaufvertrag mit Angebot und Annahme tritt an seine Stelle [20]). Das ist geradezu ein Beweis dafür, daß das Recht des Selbstkontrahierens nur ein Ausfluß des Trödelvertrages ist, denn ein Vertrag kann in seiner Natur nicht abhängig sein von einem ungewissen Ereignis, d. h. wir lehnen die Ansicht ab, daß ein Vertrag zunächst seiner rechtlichen Natur nach unbestimmt und erst durch eine spätere Willenserklärung bestimmt wird.

Das Recht des Selbstkontrahierens war uns also nicht Beweis genug, trotzdem sind auch wir der Ansicht, daß der Trödler frei darüber verfügen kann. Wenn der Gesetzgeber einen Vertrag regelt, so wird er gewöhnlich keine Erfordernisse aufstellen, die den einen Teil beschweren, ohne dem anderen Teil von Vorteil zu sein. Abgesehen von seinen zutreffenden Ausführungen über die bedingte und unbedingte Tradition, scheint uns v. Zwehl S. 27 ebenfalls — vielleicht unbewußt — von diesem Gedanken ausgehend das Recht zur freien Verfügung zu vertreten. „.... so genügt die vorgeschlagene Beschränkung der Verfügungsmacht des Trödlers zur Sicherung des Gebers in keiner Weise. Kann nicht

16) Paul Koch, S. 10.

17) Ebenso Thorbeck, S. 22: Das Selbsteintrittsrecht ist ein naturale negotii.

18) Vgl. Liebert, S. 45.

19) Vgl. S. 24.

20) Vgl. v. Zwehl, S. 45.

der Trödler die Ware um einen Spottpreis losschlagen, einem offenbar Zahlungsunfähigen den Kaufpreis stunden, und ist nicht der volle Kaufpreis in der Tasche des Trödlers tausend Zufällen ausgesetzt?" Aber noch ein weiterer Grund spricht für unsere Ansicht. Der Trödler verkauft die Ware in eigenem Namen, zu eigenem Recht; darum ist es ganz selbstverständlich, daß er das Geschäft führen kann, wie er es für gut hält; das Gegenteil könnte durch ein pactum adjectum bestimmt werden, wird aber praktisch nie der Fall sein. Schädigte der Trödler absichtlich den Geschäftsherrn, so hätte dieser Mittel genug, sich schadlos zu halten; nur die vertrödelte Sache wäre seinem Zugriff entzogen, was aber auch nach Ansicht der Gegner der Fall ist[21]). Somit wäre die erste Frage dahingehend beantwortet, daß der Trödler zu jeder Verfügung berechtigt ist[22]). Diese Verfügungen sind übrigens keine concludenten Annahmeerklärungen der Verkaufsofferte (vgl. S. 26), sondern nur die, wenn auch nicht regelmäßige Ausführung des Trödelvertrages.

Die zweite Frage lautete, ob der Trödler verpflichtet sei, sich um den Verkauf zu bemühen und ob er eine günstige Verkaufsgelegenheit ausnützen müsse. Betr. dieser Frage haben sich drei Theorien herausgebildet, die Berechtigungstheorie, die Verpflichtungstheorie und die Vereinigungstheorie. Liebert[23]), ein Vertreter der ersten Theorie, weist darauf hin, daß die Frage nicht gestellt werden dürfe, „ob der Trödler verkaufen muß — das ist seine Sache — sondern ob er eine auf den Verkauf zielende Tätigkeit entwickeln muß". Er beachtet aber nicht, daß dies zwei ganz verschiedene Fragen sind, die beide beantwortet werden müssen. Die älteren Bearbeiter, insbesondere Cohn, werfen die beiden Unterfragen a) und b) derart mit der ersten Frage durcheinander, daß sie unmöglich zu richtigen Resultaten kommen konnten. Ebensowenig aber ist es uns möglich, auf alle Ansichten einzugehen und ihre Irrtümer zu korrigieren. Nur einen Punkt

21) Vgl. dazu v. Zwehl, S. 26.

22) Marwege, S. 90, kommt zu einem anderen Ergebnis deshalb, weil er „verfügen" nicht im juristisch technischen Sinn auffaßt.

23) Vgl. Liebert, Beiträge zur Lehre vom Contr. aest., Berlin 1890, S. 13, S. 28.

greifen wir heraus. Cohn S. 45 folgert aus dem möglichen Versprechen einer merces, daß der Trödler verpflichtet sei, während wir gerade daraus annehmen zu müssen glauben, in der Regel sei der Trödler nicht verpflichtet, denn sonst gäbe der dominus dem Trödler bestimmt keine besondere Belohnung. Wenn er aber durch besondere Abrede diese Verpflichtung gegen Zahlung einer merces auf sich nimmt, so entspricht dies zwar nicht dem gewöhnlichen Trödelvertrag, soll aber dessen Wesen doch nicht alterieren.

Die Gegner dieser Ansicht behaupten, der Trödler sei weder zu irgendwelchen Bemühungen verpflichtet, noch dazu angehalten, die Sache bei günstiger Gelegenheit zu verkaufen. Es ist nun außerordentlich schwer, die verschiedenen Ausführungen in Kürze wiederzugeben, da sie alle unter dem Fehler leiden, die Verschiedenheit der einzelnen Fragen nicht richtig erkannt zu haben, z. B. Friedrichs S. 10. Daher kommt er am Schlusse überhaupt dazu, die Essentialität des vendendum dare zu leugnen. — Sehr eingehend behandelt diese Fragen Hirschberg S. 10 ff., und obwohl auch er die verschiedenen Fragen nicht streng auseinanderhält, so kommt er doch zu treffenden Ergebnissen. Er sagt: „Bei Beantwortung dieser Frage (ist der Trödler zu Verkaufsbemühungen verbunden) wird sich die Eigenart des Trödelvertrages gegenüber der juristischen Natur des Mandats, der Dienst- und Werkmiete, der sogenannten Lohnverträge deutlich abgeben." „Wirtschaftlich ist somit die Stellung des Trödlers die eines Eigenunternehmers mit freier Willensbetätigung, selbständigem Risiko und besonderem Unternehmergewinn." „Die Verpflichtung zu einer Tätigkeit gründet sich nur auf einen Lohnvertrag." Wie wir oben schon erwähnt und später noch näher auszuführen haben, ist das gerade das entscheidende Merkmal, das den Trödelvertrag vom Mandat abhebt, daß der Trödler wirtschaftlich unabhängig von dem Geschäftsherrn nur angespornt durch die Gewinnchance sich um den Verkauf der res bemüht, aber keineswegs irgendwelchen Instruktionen des dominus folgt, obwohl dies durch eine Nebenverpflichtung besonders ausgemacht sein könnte. Es bedurfte dies jedoch einer besonderen Erwähnung in den Quellen, daß haec actio utilis sit, etsi merces intervenit, d. h. selbst wenn ein Lohn ausgemacht

und dafür eine bestimmte Tätigkeit geschuldet wird, soll die actio aest. Anwendung finden, also das Wesen des Vertrages unberührt bleiben[24]). Dieselbe Ansicht vertritt v. Zwehl S. 32: „Auch ich glaube, daß dies dem Wesen des Trödelvertrags am besten entspricht, da der Trödler ja durch das Recht zum Verkauf auf eigene Rechnung genügend zur Entwicklung einer dahinzielenden Tätigkeit angespornt erscheint, daß es andererseits dem Wesen des Vertrags nicht widerspricht, wenn eine solche Verpflichtung etwa gegen die im Titel 19,3 erwähnte besondere merces übernommen wird." Bei der Entscheidung der letzten Frage aber weichen wir von den Ausführungen v. Zwehls ab. Der Trödler, der doch für eigene Rechnung tätig ist, werde durch die Verpflichtung, eine günstige Verkaufsgelegenheit auszunutzen, in seinem freien Wahlrecht zwischen Zahlung und Rückgabe der Sache ungebührlich beschränkt. v. Zwehl macht hier denselben Fehler, den wir schon bei anderer Gelegenheit rügten, er betrachtet den ganzen Handel nur von der Seite des Trödlers, anstatt Rücksicht zu nehmen darauf, daß das Geschäft doch auch im Interesse des Eigentümers abgeschlossen wird. Dann sieht man ohne weiteres, daß eine derartige Verpflichtung ganz gewiß nicht „ungebührlich" ist; ja u. E. muß der Trödler nicht nur auf eine auch für ihn günstige Verkaufsgelegenheit eingehen — wenn er allerdings eine begründete Aussicht hat, den Gegenstand vorteilhafter zu verwerten, so muß man ihm schon das Recht zusprechen, selbst die Entscheidung zu treffen, ob er verkaufen will — sondern wir halten ihn für verpflichtet, alles zu unterlassen, was ein Zustandekommen des Weiterverkaufs hindert, ohne ihm damit umgekehrt Verkaufsbemühungen aufzubürden. Würde der Trödler eine für beide Teile günstige Gelegenheit grundlos unbenutzt verstreichen lassen, oder gar den zu vertrödelnden Gegenstand so beiseite schaffen, daß dem kauflustigen Publikum jede Gelegenheit zu kaufen entzogen wäre, etwa um damit eine unliebsame Konkurrenz aus der Welt zu schaffen, so verstieße der Trödler gegen die Grundsätze von Treu und Glauben. Also nicht aus irgend einer Definition des Vertrages oder aus den Quel-

24) Ob die Klage utiliter zugelassen wurde, wie Chambon S. 99 behauptet, oder utilis auch für den Fall bedungenen Lohnes war (Brinz, S. 7), ist hier uninteressant.

len leiten wir diese „Verpflichtung“ ab, sondern aus allgemeinen Rechtssätzen. Gewiß wird es schwer sein, je einen Verstoß gegen Treu und Glauben nachzuweisen, das kann uns aber nicht abhalten, eine Verpflichtung daraus anzuerkennen.

4. Die Alternativobligation.

Es bleibt uns nun von den vier Brinzschen Essentialien nur noch die sog. Alternativobligation zu behandeln übrig. Auch hier sind drei Gruppen zu unterscheiden. Die erste nimmt an, daß der Trödler alternativ verpflichtet ist, entweder die aest. zu zahlen, oder die Sache unversehrt zurückzugeben; die zweite Gruppe behauptet, daß die Berechtigung die res aest. zu erstatten, nur eine facultas alternativa sei, während die dritte Gruppe im Trödelvertrag eine Kombination zweier Schuldverhältnisse sieht, derart, daß sich erst durch die Wahl des Trödlers entscheide, welches als eingegangen gelten soll [25]).

Chambon spricht auf S. 93 davon, daß der Trödler alternativ berechtigt sei und darin der Unterschied zum Kauf liege, wenige Seiten vorher (S. 78) führt er aber aus, daß in dem Trödelvertrag eine conditionalis venditio liege, worunter man hier jedoch „nicht sowohl einen unter einer Bedingung abgeschlossenen Kauf, als vielmehr ein Rechtsgeschäft zu verstehen habe, das nach den in ihm liegenden faktischen Voraussetzungen die Natur eines Kaufes erhalten kann, wenn ein gewisses unbestimmtes und in der Zukunft liegendes Ereignis eintritt.“ Man sieht daraus, daß sein Standpunkt sehr wenig bestimmt ist. Das ist auch nicht erstaunlich, da sich für ihn noch nicht die Frage erhoben hatte, ist der Trödler nur alternativ berechtigt oder alternativ verpflichtet, denn diese Kontroverse führte erst sein Kritiker Brinz ein. Dieser bekennt sich klar für die Alternativverpflichtung [26]). „Wir sind mit Chambon der Ansicht, daß sich der Unterschied zum Kauf allerdings um das Heimschlagen der Ware dreht; aber während Chambon den Ton auf die Möglichkeit, auf das

25) Zum Beisp. Marwege, S. 52. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 504. Vgl. Laufenberg, Trödelvertrag, Leipzig 1905, S. 23.

26) Brinz, S. 13.

Heimschlagenkönnen legt, liegt er uns in dem Sollen, darin, daß im Trödelkontrakt die Zurückgabe, wenngleich nur alternativ, in obligatione ist. Das kommt beim Kauf nicht vor[27])." Eine vollständig abweichende Meinung hat Cohn S. 54, der dem dominus ein Forderungsrecht auf die Tätigkeit des Trödlers gibt, diesem aber eine facultas alternativa bzgl. des Selbstkontrahierens einräumt. Diese „Leistung 2 ist in solutione". Er sieht also die Alternative nur zwischen Verkaufsbemühung und Selbsteintritt. Da er aber sagt, „wird die Leistung 1 unmöglich, d. h. hat der Trödler nicht verkaufen können, so kann er die Sache zurückbringen und wird von jeder Verantwortlichkeit frei", scheint er sich auf den von Brinz vertretenen Standpunkt zu stellen. Ebenso hält Hirschberg S. 38 ff. an der Alternativität fest, möchte aber für das heutige Recht die Alternativobligation durch die mildere Form der Wahlschuld ersetzt haben[28]).

P. Koch S. 12 ff. geht, auf Neuschler S. 110 gestützt, davon aus, daß aus den Quellen sich Bestimmtes nicht lesen läßt, daß unter dem Wahlrecht möglicherweise eine Wahlobligation sowohl wie eine facultas alternativa zu verstehen ist. Während aber Neuschler in dubio eine Alternativobligation vermutet, grenzt Koch die Fälle anders ab: „Gebe ich eine Sache mit bloßer Verkaufsberechtigung — Koch steht auf dem Standpunkt, daß auch ohne besondere Vereinbarung einer merces der Trödler bald verpflichtet, bald nur berechtigt ist —, so ist mein einziger Zweck, die aestimatio zu behalten. Kommt es zur Rückgabe der Ware, so ist das meist zu meinem eigenen Schaden, und es wäre unsinnig, wenn ich den Feilhalter hierzu, nämlich zur „Rückgabe oder Preiszahlung" verpflichten wollte. Hier kann nur die aestimatio in obligatione und demgemäß nur eine facultas alternativa gewollt sein."

27) Ebenso R. Schulz, S. 64/65, und Marwege, S. 21/22. Vgl. auch P. Koch, S. 35, Ende. Ebenso schließt sich Liebert, S. 9 ff., dieser Ansicht bedingungslos an. Vgl. auch R. Koch, Die rechtliche Natur des Trödelvertrags, Straßburg 1892, S. 11—14.

28) Außerdem führt er sehr richtig aus, daß eine sofortige Zahlung — wenn dadurch nicht etwa die Absicht ausgedrückt werden soll, einen gewöhnlichen Kauf abzuschließen — das Wahlrecht des Trödlers nicht aufhebt, da sich in Wirklichkeit unter der Zahlung ein mutuum verbirgt.

„Anders im Falle der Verkaufsverpflichtung." Diese interessiert uns aber nicht.

Friedrichs S. 7, der sich keineswegs um das Wesen der Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung kümmert, erblickt eine Schwierigkeit in der Frage, wann gezahlt werden könne. Die aestimatio kann zu jeder Zeit gezahlt werden, ohne daß dadurch das Wesen des Vertrags irgendwie berührt wird; zahlt der Trödler, vordem er dazu verpflichtet ist, so ist dies eine vorzeitige Erfüllung des Vertrages. Er kann das Geleistete auch nur dann wieder zurückverlangen, wenn er in Unkenntnis der Nichtverpflichtung handelte, oder die Sache zurückgegeben hat, also der Trödelvertrag erledigt ist.

Wie Neuschler und Koch vertritt auch v. Zwehl[29]) die Ansicht, daß aus der sedes materiae, die wir als allein vom Trödelvertrag handelnd angesehen haben, nichts bzgl. der Frage nach der Alternativobligation hervorgeht, da das „aut igitur rem incorruptam reddere debebit aut aestimationem, de qua conveniret" nur eine Erklärung für periculum ist, wie wir ebenfalls schon ausgesprochen. Aber v. Zwehl führt einen neuen Gedanken ein: Ich glaube, er wünscht nichts sehnlicher, als daß er die Sache nicht wiedersieht, sondern statt derer die aestimatio. Erhält er die Sache zurück, so ist das Geschäft nutzlos gewesen; er hätte sie ebensogut behalten können. Das ist der Fundamentalunterschied des Trödelkontraktes zum Commodat und Depositum. Bei diesen Verträgen auf Rückgabe hat das Geschäft, wenn restituiert wird, seinen Zweck erfüllt . . . . beim Trödelvertrag dagegen erscheint mir die Rückgabeabrede als eine Konzession an den Trödler, um diesen zur Eingehung des Vertrags zu bewegen, kurz als ein ihm eingeräumtes Recht, eine facultas alternativa." Also während einerseits gerade die Alternativobligation als grundlegender Unterschied zum Kauf herangezogen wird, sieht v. Zwehl richtig in der facultas alternativa das unterscheidende Merkmal zum Commodat und Depositum.

Daß der Trödler berechtigt ist, gegebenenfalls die res aestimata dem dominus zurückzubringen, wurde von keinem Bearbeiter bestritten, nur wie dieses Recht juristisch zu qualifizieren, ist streitig. Wir schließen uns der von Neuschler,

29) Zwehl, S. 36.

Koch und v. Zwehl vertretenen Anschauungen an, denn das allein kann der Parteiabsicht entsprechen[30]).

Damit ist aber noch keineswegs bewiesen, daß dies Recht ein Essentiale des Trödelvertrages ist, und wir können aus den Quellen auch nichts Positives entnehmen, obwohl das aut . . . aut sehr dafür spricht. Doch wie wir später aus dem Vergleich mit dem Kauf ersehen werden, ist die Alternativberechtigung dem Trödelvertrag begriffsnotwendig.

Demnach ist keines der vier Brinzschen Essentialien zu entbehren, nur statt des Rechts auf den Mehrerlös vielleicht das Recht zu setzen im eigenen Namen, auf eigene Rechnung verkaufen zu dürfen.

Bei unserer Darstellung sind wir stets davon ausgegangen, daß der contr. aest. ein wesentlich anderer als die genannten Verträge sei und haben gerade durch den Vergleich mit diesen und um einen Gegensatz zu konstruieren, einzelne Merkmale, z. B. das Recht im eigenen Namen zu handeln, das Recht der freien Verfügung oder facultas alternativa als für den Vertrag wesentlich erkannt. Der folgende Paragraph sei nun eine Probe auf die Richtigkeit unserer Ergebnisse, d. h. es wird zu untersuchen sein, ob diese vier Merkmale notwendig sind und genügen, um den Vertrag von allen anderen wesentlich abzugrenzen.

§ 5. Vergleich mit benannten Verträgen.

Nachdem wir im vorigen Paragraph die wesentlichen Merkmale des Vertrages erörtert und festgestellt haben, können wir jetzt an die Frage herantreten, ob der contr. aest. ein eigener Typus, eine Mischform oder nur eine Species irgend eines benannten Vertrages ist.

Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Welcher Art waren diese Zweifel? Waren sich die Römer nur über die zu gebende Klage im Unklaren oder betrafen ihre Zweifel die rechtliche Natur des Vertrages. Die

30) Für eine facultas alternativa entscheidet sich auch Thorbeck, S. 14; er weist außerdem richtig darauf hin, daß diese Berechtigung zeitlich begrenzt, aber nicht anfänglich ausgeschlossen sein kann.

meisten Bearbeiter halten es nur für eine prozessuale Frage, daß wegen der Alternativität nicht mit den Kontraktklagen geklagt werden konnte — denn worauf hätte man klagen sollen — und es deshalb notwendig war, die actio aest. einzuführen. Wir haben vor allem es oben abgelehnt, den Trödler alternativ zu verpflichten; der dominus wußte also sehr wohl, was er einzuklagen hatte; außerdem haben wir S. 15 dargelegt, daß der Prätor auch trotz der aestimatio die entsprechende Kontraktsklage geben mußte, solange der Vertrag nicht durch die aest. in seinem Wesen geändert wurde, und endlich entspricht jene Ansicht sehr wenig dem Wortlaut des 3. Titels. Sondern: Als der Trödelvertrag in seiner jetzigen Gestalt im römischen Rechtsleben auftauchte, war man zweifelhaft über die rechtliche Natur des Vertrages und da man nicht wußte, ob er ein eigener oder nur eine Spielform eines benannten Vertrages, es andererseits für den Kläger gefährlich war, eine falsche actio zu wählen, da jede Klage das Klagerecht consumiert, so gab man die a. pr. v. a. und stellte damit fest, daß, was auch immer vorher Rechtens war, von nun an der contr. aest. ein contr. sui generis sei. Das überhebt uns aber doch nicht, wie Marwege S. 42 irrtümlich meint, der Mühe zu untersuchen, ob und wie weit unser Vertrag mit einem der benannten Verträge verwandt ist, so daß dessen allgemeine Vorschriften, soweit sie nicht dem besonderen Wesen des Vertrags entgegen, auf ihn Anwendung finden.

1. Vergleich mit Mandat und Verkaufskommission.

Wie früher dargetan, weisen die Worte cum res aestimata vendenda datur geradezu auf ein Mandat hin[1]) und wir konnten tatsächlich nur durch arg. e. contr. aus dem Titel 19, 3 einen Gegensatz zwischen Trödelvertrag und Mandat herauskonstruieren. Im Laufe der Abhandlung haben wir aber doch festgestellt, daß ein großer Unterschied zwischen beiden Verträgen besteht, und zwar besonders in dem Moment der wirtschaftlichen Abhängigkeit; denn während der Mandatar ganz von den Weisungen der Geschäftsherren abhängt, ist der

1) Vgl. Chambon, S. 102, Brinz, S. 10 ff.

Trödler selbst Unternehmer, der eigenmächtig handelt. Also nicht in der Verpflichtung zu Verkaufsbemühungen, die durch ein pactum adjectum begründet werden könnte, und nicht in der Gratuität oder eventuellen Nichtgratuität sehen wir einen Vergleich oder Gegensatz, sondern in dem Maß der wirtschaftlichen Freiheit. — Uebrigens ist es grundsätzlich verkehrt, wie Chambon wegen der ursprünglichen Unentgeltlichkeit der beiden Verträge miteinander zu vergleichen oder wie Wohlfahrt S. 11 auf Ulpian L. 13 D. p. v. 19, 5 verweisend: quia mandata gratuita esse debent, zu unterscheiden. Abgesehen davon, daß die Zugehörigkeit dieser Stelle zum Trödelvertrag zweifelhaft ist, kam später auch beim Mandat eine Vergütung vor, die keineswegs nur „Ehrensold" war; außerdem ist ja im Grunde genommen der Trödelvertrag ebenfalls unentgeltlich, da das Recht auf Mehrerlös ja kein Lohn, sondern nur Gewinnchance ist. — Wie weit die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Trödlers geht, erkennt man daraus, daß es niemand einfällt, dem Trödler die Pflicht aufzuerlegen, wie der Mandatar oder Verkaufskommissionär Rechnung zu legen, selbst dann nicht, wenn der Unternehmer durch eine besondere merces zu einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet ist[2]).

Derselbe Unterschied besteht zwischen Trödler und Verkaufskommissionär; auch dieser führt ein fremdes Geschäft, während jener Eigenunternehmer ist. Daraus ergeben sich die weiteren Unterschiede, daß beim Kommissionsgeschäft aller Gewinn und Verlust des Verkaufs nur den Kommittenten trifft, der allein auch das ganze Risiko des Geschäfts trägt[3]); daß der Kommissionär an bestimmte Weisungen gebunden ist und nur vom Interesse des Auftraggebers auszugehen hat[4]).

2. Vergleich mit Dienst- und Werkvertrag.

Mit dem Dienst- und Werkvertrag hat er nur scheinbar etwas gemeinsam. Die Römer verglichen nur mit der locatio conductio operis und operarum, dagegen nicht rei; es ist auch nicht verständlich, wie Chambon S. 97 und Co-

2) Gengler, Dtsch. P.-R., Erlangen 1862, S. 468, identifiziert die beiden Geschäfte.

3) P. Koch, S. 31.

4) Vgl. Wohlfarth, S. 12.

sack [5]) darauf verfallen. Da wir es oben ablehnten, den Trödler zu einer bestimmten Tätigkeit zu verpflichten, so ist die Verschiedenheit dieser Verträge ohne weiteres ersichtlich, denn während dort Verrichtungen bestimmter Art bzw. ein Erfolg versprochen und geschuldet werden, geht hier zwar die Absicht auf einen Verkauf, aber Inhalt des Schuldverhältnisses ist diese Tätigkeit oder dieser Erfolg nicht, sondern allein die obligatio, die aestimatio zu bringen. Dienst- und Werkvertrag unterscheiden sich aber weiter vom Trödelvertrag durch ihre Entgeltlichkeit; das Recht auf den Mehrerlös ist nämlich kein Lohn, sondern nur Gewinnchance — diesen Fehler begeht Brinz, Lohn und Unternehmergewinn zu verwechseln. In der Entgeltlichkeit sieht Chambon den einzigen Unterschied zwischen beiden Verträgen. Da aber aus der L. 2 cit. unzweifelhaft hervorgeht, daß ein Lohn vereinbart sein kann, so fragt sich Chambon, ob zwischen beiden Rechtsverhältnissen ein anderes unterscheidendes Merkmal aufzustellen sei, wie wir es getan haben, oder ob beide unter gewissen Umständen identifiziert werden müßten. Er verneint aber beides und löst die Schwierigkeit, indem er behauptet, die Klage werde hier nur utiliter zugelassen, d. h. die actio aest. sei für diesen Fall nicht gegeben, sondern nur auf ihn ausgedehnt. Dagegen wendet sich Brinz mit Recht S. 7, daß die Klage nicht eine utilis actio sei, d. h. nur ad exemplum aestimatoriae actionis, sondern diese Klage auch anwendbar sei für den Fall bedungenen Lohnes [6]). Brinz greift ebenfalls mit Recht die weiteren Ausführungen Chambons an, daß die merces beim contr. aest. nicht den Charakter eines Dienstlohnes an sich trage, sondern als Remuneration für die Bemühung eher mit einem Proxeneticum als mit einem Dienstmietpreis auf einer Stufe steht. Chambon (S. 100) fährt fort: „Selbst wenn sich aber der Trödler ohne Rücksicht auf das Resultat seiner Bemühungen ein bestimmtes Entgelt ausmacht, ist solange keine Dienstmiete vorhanden, als der Trödler einerseits sich . . . durch Restitution freimachen kann, andererseits . . . er die Gefahr für die Negotiation trägt." Haec actio utilis est, etci merces intervenit. Auch wenn eine

5) Cosack, Lehrb. d. Bürg. Rechts, I. Bd., S. 491, 4. Aufl., Jena 1903.

6) Vgl. Wohlfarth, S. 8 ff.

Vergütung versprochen wird, ändert der Vertrag sich nicht in seinem Wesen. Man darf aber nicht wie Brinz argumentieren, daß nämlich auch dann noch der Lohn ein ungewisser sei[7]), er ist nämlich, worauf Marwege hinweist, nur ein in seiner endgültigen Höhe unbestimmter, sondern die merces, die sehr wohl den Charakter eines Dienstlohnes trägt, wird auf Grund eines pactum adjectum geschuldet, das neben den Vertrag tritt, ohne sein Wesen zu alterieren. Insofern steckt in den Worten Chambons, daß der Trödler auch weiterhin die Gefahr für die Negotiation trage, der richtige Gedanke, daß er durch die merces nicht zum Dienstverpflichteten herabsinkt, sondern Unternehmer bleibt.

Liebert, der die Unentgeltlichkeit beim contr. aest. bestreitet, und in der Gewinnchance bzw. in der Gebundenheit des Eigentümers, nicht über sein Eigentum zu verfügen, fälschlich ein Entgelt sieht, müßte nun eigentlich zugeben, daß der Trödelvertrag in Wirklichkeit ein Dienstvertrag sei, das tut er aber nicht, sondern findet darin den Unterschied, daß der Lohn (auch wenn ein merces ausgemacht) nicht in einem bestimmten Verhältnis zur Tätigkeit stehe. Durch die merces glaubt er „die normale Natur des Vertrags verändert; er bleibt ein Trödelvertrag, aber ein Dienstmiete ähnlicher." Warum, wenn die Gewinnchance doch schon ein Lohn ist[8])?

Robert Koch[9]) vermeidet als erster diesen Fehler und weist ausdrücklich darauf hin, daß „wenn neben dem Recht auf den unsicheren Mehrerlös dem Trödler eine feste Vergütung versprochen wird, was nach L. 2 möglich, ohne daß dadurch der Vertrag seine Natur ändert, doch immer noch ein sicherer Lohn vorhanden ist in dem Sinn, in welchem er bei der loc. cond. verlangt wird". Es kann also bzgl. dieses Punktes kein Unterschied zwischen beiden Verträgen aufgestellt werden. Koch findet das unterscheidende Merkmal in der Pflicht des conductors und in dem Recht des Trödlers zu bestimmtem Handeln, also in der wesentlichen freieren Stellung des scrutarius im Vergleich zu dem Dienstverpflich-

7) Ebenso Wohlfarth, S. 9.

8) Außerdem verwechselt er die Begriffe „gewiß" und „bestimmt", denn wenn eine merces vereinbart, ist der Lohn kein ungewisser, sondern nur von unbestimmter Höhe.

9) R. Koch, S. 4.

teten. (Vgl. S. 37/43.) Wie nun, wenn eine besondere merces ausgemacht, also auch vom Trödler eine besondere Dienstleistung geschuldet wird? R. Koch [10]) lehnt diesen Gedanken einfach ab, da er sich keinesfalls mit der essentiellen Alternativität vertrüge; denn der Trödler könne sich stets durch sofortige Restitution seiner Verbindlichkeit entziehen. Gewiß, aber solange ist er zur Tätigkeit verpflichtet. Die Parteien werden übrigens stets in diesem Falle eine besondere Frist ausbedingen, vor deren Ablauf der Trödler nicht restituieren darf. Wie ist aber aus diesen Dilemma zu helfen? Koch sieht in dem Lohnversprechen nur eine Ermäßigung der aestimatio. Das wäre für den Fall des Werkvertrages noch möglich, nicht aber für den Fall des Dienstvertrages. Daraus erkennt man, daß die merces keine „Ermäßigung der aestimatio", sondern einwandfrei Lohn ist. Der Fall der L. 2 cit. ist eine Kombination zweier Verträge, und zwar eines Trödelvertrages und eines Werk- oder Dienstvertrages. Da aber der Trödelvertrag so überragend in dieser Verbindung ist, so bleibt der ganze Vertrag eine contr. aest. mit andersartiger Nebenverpflichtung.

3. Vergleich mit der Societät.

Wenn man L. 13 D. 19, 5 heranzieht, ist auch noch der Unterschied zwischen Trödelvertrag und Societät zu besprechen. Nach der L. 13 cit. könnte der äußere Tatbestand des Trödelvertrages sehr wohl eine Societät darstellen, aber die Absicht der Parteien, was sie mit dem Vertrag bezwecken wollen, ist eine grundverschiedene. So sind denn auch die Folgen ganz andere, z. B. wird die eingebrachte Sache bei der Societät gemeinschaftliches Eigentum, beim Trödelververtrag bleibt es Eigentum des dominus und während hier der Mehrerlös allein dem Trödler zukommt, erhöht er dort alle Anteile gleichmäßig.

4. Vergleich mit dem Kauf.

Die Römer verglichen unseren Vertrag aber auch mit dem Kauf propter aestimationem. Daß kein reines Kaufgeschäft, sondern nur ein bedingter Vertrag in Frage kommt,

10) R. Koch, S. 5.

ist selbstverständlich. Auch Chambon hat S. 93 versucht, den Trödelvertrag dem Kauf unterzuordnen. Da wir bzgl. der aestimatio seinen Ausführungen gefolgt sind, können wir ebenfalls auf die frühere Darstellung verweisen, daß die aestimatio unter Umständen geeignet ist, die actio emti eintreten zu lassen [11]), andererseits aber gerade die aestimatio mit ihrer besonderen Wirkung beim Trödelvertrag ihre Unzulässigkeit bedingte. Weiter bespricht er die Möglichkeit, daß man die Berechtigung der Restitution der res als Bedingung auffasse, erklärt diese Annahme eines suspensiv bedingten Kaufes für die Römer aber deshalb für „unmöglich, weil die Bedingung si velit die Existenz des Rechtsgeschäfts völlig ausschloss". Deshalb vergleicht er nun mit dem Kauf ad gustum; dieser Vergleich ist aber gezwungen, denn die Parteien geben und nehmen die Ware doch nicht auf Besicht oder si placuerit oder si displicuerit, sondern ad vendendum. Chambon aber läßt nichts unversucht, er vergleicht auch mit dem resolutivbedingten Kauf und sagt, „so ist bis zum Eintritt der Bedingung ein unbedingter Kauf vorhanden, wohingegen umgekehrt beim contr. aest. das Rechtsverhältnis lediglich derart qualifiziert ist, daß es später den Charakter eines Kaufes annehmen kann." Dagegen wendet sich Brinz S. 14. Es gibt keine Bedingung, von der nicht das Dasein eines Rechtsgeschäfts, sondern die Entscheidung darüber abhängt, ob ein vorhandenes Rechtsgeschäft nicht nachträglich zu einem anderen wird [12]).

Chambons Kritiker Brinz sieht in der Restitutionsmöglichkeit den Vergleichspunkt mit dem bedingten Kauf und zugleich den Unterschied [13]). „Uebrigens sind wir mit Chambon der Ansicht, daß sich der Unterschied allerdings in das Heimschlagen der Ware dreht, aber während Chambon den Ton auf die Möglichkeit, auf das Heimschlagen-

11) Uebrigens sagt R. Koch, S. 8, sehr richtig, daß es sich dabei immer doch nur um eine juristische Denkform handele, nicht um völlige Gleichstellung mit dem Kauf, da es an dem subj. Moment der Kaufabsicht fehle.

12) Schneemann, S. 36, bemerkt dazu, daß sich das römische Recht aber erst dahin entwickelt habe, während noch Gaius, I., 3, 146, eine ältere Auffassung vertritt.

13) Brinz, S. 13.

können legt, liegt er uns in dem Sollen, darin, daß im Trödelvertrag die Zurückgabe, wenngleich nur alternativ in obligatione ist. Das kommt beim Kauf nicht vor [14])."

Einen suspensiv bedingten Kauf nimmt Friedrichs S. 24 an. Er läßt die essentiale Alternativität fallen und erklärt das Geschäft für eine Kombination zweier Verträge: eines bedingten Kaufs und eines „leiheähnlichen" Geschäfts. Daß es gewisse derartige Kombinationen gibt, ist zweifellos, und wir werden noch Gelegenheit haben, ausführlich darüber zu sprechen [15]). Allein die Beispiele Friedrichs dürften unglücklich gewählt sein: Es bezieht jemand von einer Porzellanhandlung Teller mit der Abrede, für das Dutzend 20 Pfg. Miete zu zahlen, für die zerbrochenen 1 Mark Schadenersatz zu gewähren. Das ist eine ganz unzweideutige Miete, bei der nur die Höhe des Ersatzes von vorneherein bestimmt ist (tax. causa aest.). Warum also diese unnötige Konstruktion: bedingter Kauf kombiniert mit bedingter Miete [16])?

Bei Marwege [17]) interessiert uns nur der Berechtigungsfall, da wir den Verpflichtungsfall oben schon abgelehnt haben. Marwege stützt sich vorzüglich auf Zitelmann [18]). Nach diesem gibt es Alternativobligationen, bei denen es sich um eine alternative Bestimmung des Geschäftsinhalts bei fester Geschäftsart handelt, und solche, bei denen die Art des Geschäfts bei festem Geschäftsabschluß alternativ

---

14) Ebenso Wohlfarth, S. 7; Schneemann, S. 37; Bechmann, S. 411.

15) Deshalb gehen wir hier auch nicht näher auf diese Frage ein, sondern es gilt uns nur zu beweisen, daß ein suspensiv bedingter Kauf ausgeschlossen ist.

16) Aber noch eines: Eine Bedingung si velit — ein Moment, das Friedrichs als äußerlich bezeichnet, das u. E. aber nicht innerlicher sein kann — schließt die Existenz des Rechtsgeschäftes völlig aus, und nicht nur etwa für das römische Recht, sondern auch für das heutige. Da aber die Parteien sich durch den Abschluß des Vertrages haben binden wollen, wie Friedrichs selbst sagt, kann dieser Kauf unmöglich suspensiv bedingt sein.

17) Marwege, S. 43 ff., S. 52 ff.

18) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 502 ff.

bestimmt wird[19]). Von der letzten Art sei unser Trödelvertrag. Als Beispiel führt er den schon erwähnten Iheringschen Fall der Porzellanteller an, den wir als eindeutige Miete entlarvt haben. Und sodann folgendes: Man entnimmt eine Nähmaschine von dem Händler mit der Abrede, entweder 2 Mark monatliche Miete oder auf einmal 150 Mark als Kaufpreis zu zahlen. Auch das ist keine Alternativobligation im Sinne Zitelmanns, sondern bestenfalls als suspensiv bedingter Kauf mit Eigentumsvorbehalt zu konstruieren, bei dem der Ersatz des pos. Interesses seiner Höhe nach von vornherein bestimmt ist; wahrscheinlich ist es aber nur eine Umgehung der verbotenen Abzahlungsgeschäfte mit Verfallklausel. Wenn man aber schließlich den Obersatz, daß es alternative Bestimmung der Art des Rechtsgeschäfts bei festem Geschäftsabschluß gebe, anerkennt, ist es da wirklich nötig, den Trödelvertrag hinzuzurechnen? Zweifellos ist doch, daß die beiden Arten in einem Bedingungsverhältnis stehen[20]), derart, daß das Geschäft hinfällig wird, wenn das andere sich durchgesetzt. Marwege faßt den Trödelvertrag als Kauf in Konkurrenz mit einem leiheähnlichen Geschäft auf. Ist es ein suspensiv bedingter Kauf, bei dem die eine Partei vorgeleistet hat, — eine im Rechtsleben tägliche Erscheinung, ohne daß jemand bis jetzt auf den absurden scholastischen Gedanken gekommen wäre, darin eine Leihe zu erblicken; nebenbei wäre diese Leihe dann resolutiv bedingt — und fällt die Bedingung aus, dann hat die andere Partei ohne rechtlichen Grund etwas auf Kosten des Gebers erlangt und ist

19) Marwege rügt Zitelmann, er habe sich S. 503 nicht deutlich genug ausgesprochen, wenn er sage, „in diesem Fall ist sicher, daß ein Rechtsgeschäft zustande kommt; fraglich ist nur, welcher Art es sein wird". Ich finde, das ist deutlicher als Marweges Satz, es kämen zwei Verträge nebeneinander zustande, aus denen je eine Leistung geschuldet wird. Marwege sucht damit Zitelmanns klaren Ausdruck, daß die „beiden Verträge" in Bedingungsverhältnis stehen, zu verschleiern.

20) Marwege wehrt sich allerdings gegen eine solche Insinuation, doch entbehren seine Behauptungen des Beweises. Gäbe es eine Kombination, wie sie sich Marwege denkt, so müßte man in seinen Beispielen sowohl den Mietzins für die Maschine bzw. die Teller und den Kaufpreis einklagen können, was er doch sicher ebenfalls nicht will.

zur Herausgabe verpflichtet; ist es aber ein resolutiv bedingter Kauf (und ist die Leihe suspensiv bedingt) und tritt die Bedingung ein, dann sind wir genau so weit: der Empfänger ist ungerechtfertigt bereichert. Wieder kann man fragen: Warum also diese unnötige Konstruktion?

Bevor wir selbst Stellung nehmen zu dieser Frage, ob der Trödelvertrag nur ein bedingter Kauf ist, müssen wir zunächst versuchen in Kürze darzulegen, was eine Bedingung ist, und insbesondere prüfen, ob es im römischen oder heutigen Recht eine Bedingung si velit gibt[21]).

Bedingen im technischen Sinn ist das Abhängig-machen eines Rechtsgeschäftes von einem ungewissen Umstand. Auch der ungewisse Umstand selbst wird Bedingung genannt. Aber in welchem Verhältnis steht die Bedingung zum übrigen Inhalt des Rechtsgeschäfts? Wenn man die Bedingung als eine Beschränkung des Rechtsgeschäfts erklärte, so beschrieb man zwar die Wirkung, sagte aber nichts über das Wesen aus. Auch als Nebenbestimmung darf man sie nicht auffassen, da man die Bedingung nicht weglassen kann, ohne zugleich das Rechtsgeschäft in seinem Wesen zu ändern[22]); Das unbedingte Geschäft ist ein aliud. Die Bedingung ist also ein wesentlicher Teil, ein Erfordernis des Rechtsgeschäfts und zwar im Gegensatz zu den gesetzlichen ein gewillkürtes Erfordernis. Darin liegt, daß nicht der Wille bedingt ist, sondern die Wirkung des Rechtsgeschäfts. Die Frage, ob der ungewisse Umstand in der Zukunft liegen muß, ist zu verneinen, aber hier als nicht direkt zum Thema gehörend nicht weiter zu erörtern.

Worin aber kann der ungewisse Umstand bestehen? Kann er auch das zukünftige Wollen des Verpflichteten sein? Chambon hatte den Gedanken, daß der Trödelvertrag nichts anderes als ein suspensiv bedingter Kauf sei, deshalb verworfen, weil nach römischer Auffassung „die Bedingung si velit die Existenz des Rechtsgeschäfts völlig ausschloß". Zum Beweis führt er die L. 7 pr. D. 18, 1 an; dort heißt es:

21) Unsere folgenden Ausführungen stützen sich vorzugsweise auf Henle, Lehrb. des BGB., allgem. Teil, § 35 ff.

22) Das ist heute herrschende Meinung, sonst könnte das RG. die Behauptung des Beklagten, das Geschäft sei bedingt, nicht als Klagleugnen auffassen.

„Denn es darf nie in das Ermessen des Verpflichteten selbst gestellt sein, ob der Vertrag verbindlich sei[23])." Wenn als Bedingung gesetzt wird, daß derjenige bestimmen soll, dessen Willen durch die Willenserklärung unterworfen werden soll, so wird sein Wille überhaupt nicht unterworfen. Er ist in jeder Beziehung ungebunden; (Der andere ist jedoch an seiner Erklärung, die sich als Offerte darstellt, gebunden.) Nun aber fährt Windscheid fort: Anders ist es, wenn als Bedingung eine Handlung desjenigen gesetzt wird, dessen Wille unterworfen werden soll, mag es auch ganz in seinem Belieben stehen, ob er diese Handlung vornehmen will oder nicht. Das Resultat ist zwar auch hier, daß die durch die Willenserklärung zu begründende Willensunterworfenheit nur dann eintritt, wenn er will; aber immerhin ist das Eintreten dieser Wirkung nicht davon abhängig gemacht, daß er dieses Eintreten, sondern davon, daß er etwas anderes will. Trifft dies nun bei unserem Trödelvertrag zu? Wir hatten den Kontrakt oben aufgelöst in einen Vertrag, bei dem eine res aestimata vendenda datur, und eine Verkaufsofferte (das Selbsteintrittsrecht). Sehen wir von dieser Offerte ab, und das können wir, ohne das Wesen des Vertrages zu beunruhigen, so bleibt ein Geschäft, bei welchem A dem B Ware liefert gegen eine bebestimmte Summe; die Zahlung des Preises aber hängt davon ab, ob der Trödler weiterverkauft. Die Verwirklichung der Bedingung hängt also nicht von der Erklärung ab, daß er das Geschäft wolle, sondern von einem Ereignis, auf dessen Entstehung er allerdings einen ausschließlichen Einfluß hat. Keineswegs darf dieser Fall mit dem Kauf auf Probe verwechselt werden, der tatsächlich die Bedingung si velit enthält, denn die Billigung beim Kauf auf Probe ist, wie Henle S. 311 ausführt, nicht etwa die Aeußerung des Wohlgefallens — das wäre der Windscheidsche Fall — sondern einfach die Erklärung, den Kauf aufrecht zu erhalten. Der Kauflustige bzw. Unlustige könnte z. B. erklären, die Ware gefalle ihm zwar sehr gut, aber er habe nun doch nicht mehr die Absicht zu kaufen aus irgend welchen Gründen, ohne daß er zum Abschluß gezwungen werden könnte. Anders wenn er sich von vorneherein binden wollte, doch sich dabei besonders die Untersuchung der Ware vorhielt, ob sie auch den Zweck

23) Ebenso Windscheid, S. 413 ff.

erfülle, für den er sie kaufte. Gewiß wird es ihm in der Regel schwer nachzuweisen sein, daß die Ware zweckentsprechend war, das ändert aber an der theoretischen Richtigkeit der Sache nichts. Der Einfachheit halber nehmen wir die später aufzustellende Behauptung vorweg, daß diese Ausführungen auch für das heutige Recht gelten, wenn auch der § 495 BGB. scheinbar das Gegenteil beweist. Henle sagt sehr richtig dazu: „Die Schulmeinung des Gesetzes ist unverbindlich[24])." Der Grund also, der Chambon bewog, einen suspensiv bedingten Kauf zu verwerfen, ist nicht stichhaltig; allerdings konnte er gar nicht an eine andere als eine Wollensbedingung denken, da er das Selbsteintrittsrecht noch nicht als Offerte erkannt hatte. Aber Chambon fährt dann richtig fort, daß selbst, wenn man einer suspensiv bedingten Kauf angenommen hätte, die actio emti venditi um nichts weniger unzulässig gewesen wäre. Wird nämlich ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so tritt die Wirksamkeit erst nach Verwirklichung der Bedingung ein, d. h. vorher besteht zwar eine gewisse Aussicht und in sofern eine Gebundenheit, als Verfügungen, die das zukünftige Recht des einen Teiles beeinträchtigen oder vereiteln, bei Verwirklichung der Bedingungen unwirksam werden, aber noch keine Vollendung. Deshalb können die Parteien ihre Forderungen noch nicht geltend machen. Unserem Vertrag ist es aber gerade eigen, daß die res übergeben werden muß. Die Vorleistungspflicht könnte beim suspensiv bedingten Kauf allerdings durch besondere Vereinbarung abgesprochen werden, aber das ist etwas ganz anderes als beim Trödelvertrag, wo sich diese Vorleistungspflicht aus der Natur des Vertrags ergibt. Ergo ist suspensiv bedingter Kauf nicht deshalb abzulehnen, weil eine unmögliche Bedingung, sondern weil beim bedingten Kauf die Parteien erst in der Zukunft verpflichtet sein wollen, beim Trödelvertrag dagegen das Geschäft sofort gewollt, wenn auch der Trödler nur gehalten ist, die aestimatio erst nach Verkauf der res zu zahlen. Wird die aestimatio gezahlt,

---

24) Der Kauf auf Probe ist tatsächlich nur eine Kaufofferte, aber kein suspensiv bedingter Kauf. Mit Recht aber hat er im BGB. Aufnahme gefunden, da bei ihm das Schweigen des Käufers entgegen dem Prinzip des BGB. als Annahme gilt. (BGB. § 496.)

so sieht das Geschäft allerdings aus wie ein Kauf, weshalb auch Chambon auf seine unglückliche Ansicht von einer besonders gearteten condicio venditio kam. Chambons Kritiker Brinz bemerkt sehr richtig dazu, Chambon verwechsle die Wirkung, die ein Geschäft unter Umständen haben könne, mit dem Geschäft selbst [25]).

Sieht unser Vertrag aber nicht einem resolutiv bedingten Kauf viel ähnlicher? Auch hier müssen wir zunächst klarstellen, was unter einer auflösenden Bedingung zu verstehen ist. (Daß wir es mit einer echten Bedingung und nicht mit einer „Wollensbedingung" zu tun haben, von der Henle S. 313 handelt, ist oben schon dargelegt.) Henle sagt: Besinnt man sich auf das Wesen der Bedingung als eines gewillkürten Erfordernisses, so ist klar: eine auflösende Bedingung liegt vor, wenn der Rechtserfolg sofort eintritt, aber falls das Erfordernis vereitelt wird, wieder hinfallen soll. Diese Bedingung kann positiv oder negativ gefaßt sein, je nachdem ob die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes von dem Eintritt oder Ausfall eines Umstandes abhängig gemacht ist. Die Parteien sind also verpflichtet zur sofortigen Erfüllung. Wird die Bedingung vereitelt, so wird das Geschäft rückwirkend ungültig und die Parteien sind verpflichtet, das Geleistete zurückzugeben. Henle kennt aber noch einen Fall: „Ja es ergibt sich, daß die Frage für die eine Verpflichtung anders zu beantworten sein kann als für die andere. Nicht der Kauf ist aufschiebend oder auflösend bedingt, sondern der Kauf als

25) Betrachten wir anmerkungsweise den Trödelvertrag als suspensiv bedingten Kauf mal von der anderen Seite, nämlich in seiner Wirkung; da hat er ein gar merkwürdig Gesicht. Bedingung war: wenn du weiterverkaufst. Damit werden zwei Verträge perfekt, der 1. Verkauf und der Weiterverkauf. Dann ist aber der 1. Verkauf sinnlos; denn Zweck jeden Kaufs ist, Eigentum zu übertragen bzw. zu erwerben; der 1. Kauf könnte also nur den Wert haben, Eigentum zu erwerben, um es weiter übertragen zu können. Derart altfränkisch brauchen wir aber nicht mehr zu denken, haben aber auch die Römer nicht getan, sondern wir können sehr wohl jemand das Recht einräumen, unser Eigentum auf einen Dritten zu übertragen, und zwar nicht nur in unserem Auftrag und für unsere Rechnung, sondern zu eignem Recht in eignem Namen. Man denke z. B. an die Verfügungsmacht des Ehemannes über eheweibliches eingebrachtes Gut, BGB. § 1376.

Schuldverhältnis ist lediglich bedingt, aufschiebend oder auflösend bedingt aber sind die Einzelverpflichtungen. Soll der Käufer die Sache alsbald mitnehmen können, aber erst bei Verwirklichung der Bedingung bezahlen müssen, so ist die actio venditi aufschiebend, die actio emti auflösend bedingt." Der letzte Satz ist zweifellos richtig; man kann aber nicht sagen, der Kauf als Schuldverhältnis sei lediglich bedingt, denn eine derartig neutrale Bedingung gibt es nicht; sie hat entweder aufschiebenden oder auflösenden Charakter. Da man immer eine Seite des Vertrages als die wichtigere, als die stärkere ansehen kann, die dann dem Ganzen ihren Charakter aufdrängt.

Wenden wir dieses Resultat auf unseren Vertrag an, so ergibt sich: das ganze Geschäft ist resolutiv bedingt, die Zahlung des Kaufpreises aber suspensiv; d. h. der Verkäufer ist verpflichtet, die Sache sofort zu übergeben, während der Käufer nur suspensiv bedingt verpflichtet ist, den Kaufpreis zu zahlen. Kann er nicht verkaufen oder verkauft er nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkt, evtl. bis zur Erhebung der Klage, so ist die suspensive Bedingung ausgefallen, d. h. er braucht nicht zu zahlen, bzw. die resolutive Bedingung vereitelt, d. h. das ganze Geschäft nachträglich ungültig, d. h. die Parteien sind verpflichtet, das Geleistete zurückzuerstatten. Verkaufte er dagegen, d. h. erfüllte sich die Bedingung, so blieb der Kauf gültig, d. h. die aestimatio wäre nun fällig. Wäre diese Ansicht richtig, so lösten sich ohne weiteres alle Schwierigkeiten, die je beim Trödelvertrag auftauchen. Das Eigentum ginge mit der Preiszahlung wie bei jedem Kauf im röm. Recht über, die Gefahr trüge bis dahin nach dem bekannten Grundsatz periculum est emtoris der Uebernehmer, das Recht in eigenem Namen und für eigene Rechnung zu verkaufen, das Recht auf Mehrerlös ergäbe sich von selbst, die Berechtigung aber Nichtverpflichtung zum Weiterverkauf wäre unstreitig — die Verpflichtung des Trödlers, die Möglichkeit des Weiterverkaufs zu schaffen, d. h. dem Publikum die Ware als verkäuflich zugängig zu machen, eine Verpflichtung, die wir ihm oben auf Grund von Treu und Glauben auferlegten, wäre eine einfache Folge der Bedingung, da der Trödler verpflichtet wäre, alles zu unterlassen, was die Bedingung vereiteln möchte — und die Alternativität löste sich

wohlgefällig in eine suspensivbedingte Verpflichtung zur Preiszahlung auf und in die evtl. Verpflichtung, die Sache zu restituieren — bei Ausfall des Geschäftes. (Die beiden Verpflichtungen beständen aber nicht alternativ, sondern wären in ihrem Ursprung gänzlich verschieden voneinander.) Wahrlich eine Lösung des Rätsels, die einen bestechen könnte, dabei stehen zu bleiben. Aber betrachten wir diesen resolutiv bedingten Kauf einmal etwas näher. Wie sähe er z. B. nach heutigem Recht aus? Der dominus übergibt dem Trödler die Ware — aber nicht unbedingtem Eigentum (da ja heute beim Kauf das Eigentum nicht erst mit der Zahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergeht, sondern schon mit der Uebergabe zum Zwecke der Vertragserfüllung), sondern unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung der aestimatio, der Trödler seinerseits ist aber auch nur suspensiv bedingt zur Zahlung verpflichtet; also beide Verpflichtungen sind aufschiebend bedingt. Soll dann wirklich trotzdem der Kauf, das Schuldverhältnis als solches auflösend bedingt sein? Das wäre scholastisch gedacht. Und nicht nur heutigem Recht, sondern auch römischer Anschauung entspräche eine solche Auffassung nicht. Nach römischem Recht geht das Eigentum der verkauften Sache erst mit der Zahlung des Kaufpreises von Rechtswegen über. Wollen die Parteien die Zahlung zur Bedingung erheben, so wäre dies zwar eine condicio juris, das ändert aber nichts an der Sache; denn auch hier kann man die Verpflichtung zur Eigentumübertragung als — wenn auch von Gesetzeswegen — suspensivbedingt auffassen und ebenso die Verpflichtung zur Zahlung der aestimatio.

Es ist uns also nicht möglich, den Trödelvertrag unter irgend eine Form des Kaufes zu bringen[26]). Zu dem gleichen Resultat, aber auf anderem Wege, sind schon frühere Bearbeiter gekommen, z. B. Liebert und Schneemann. Liebert S. 40 stellt ohne weitere juristische Ueberlegung von praktischen Gesichtspunkten ausgehend, nur auf den

26) Thorbeck lehnt ebenfalls die Ansicht ab, daß der Trödelvertrag als Kauf angesprochen werden könne, geht aber zu weit, wenn er nicht einmal eine Aehnlichkeit anerkennt, haben doch sicher die Römer ursprünglich gerade den bedingten Kauf als Mittel benutzt, um zu dem Ziel zu gelangen, das jetzt durch den Trödelvertrag zu erreichen ist.

Willen der Parteien ab, der ist uns jedoch gerade unbekannt — außerdem, daß die Sache ad vendendum hingegeben wird — ob die Parteien aber einen bedingten Kauf abschließen wollten oder einen eigenen, besonderen Vertrag eingehen mußten, um ihren Zweck zu erreichen, das ergab sich keineswegs aus dem Tatbestand des Vertrages, sondern mußte gerade in der Weise, wie es geschehen, festgestellt werden. Schneemann bringt einen triftigen Grund, aber keinen Beweis für seine Annahme. Bei dem Kauf sei das Geschäft mit der Hingabe der res und der regelmäßig sofort zu erfolgenden Zahlung erledigt, während beim contr. aest. die rechtlichen Beziehungen nach Lieferung der res fortdauern, d. h. die aestimatio erst nach einem modicum tempus fällig wird. Das stimmt für den unbedingten, aber nicht für den bedingten Kauf.

§ 6. Ist der Trödelvertrag eine Vertragsverbindung?

Nachdem wir im vorigen Paragraphen die Ansicht abgelehnt haben, als sei der Trödelvertrag eindeutig unter einen benannten Vertragstypus zu ordnen, ist unsere weitere Aufgabe zu untersuchen, ob er etwa ein Mischvertrag ist. Wir hatten ja im Laufe der Darstellung schon des öfteren Gelegenheit, darauf hinzuweisen, wie der Trödelvertrag von manchen Bearbeitern als Kombination aufgefaßt wird, und da er mehreren Verträgen so außerordentlich ähnlich sieht, daß es bisweilen schwer hält, ihn von diesen Kontrakten richtig abzugrenzen, so liegt der Gedanke sehr nahe, daß er zwar ein eigner, aber ein aus mehreren Typen zusammengesetzter ist, und dies um so mehr, als er kein Tatbestandsmerkmal enthält, welches nicht in einem der benannten Verträge auch vorkäme, und sich nur durch die bestimmte Anordnung dieser Vertragselemente unterscheidet. Welcher Art jedoch ist diese Kombination? Marwege hält es gemäß der Zitelmannschen Lehre von der alternativen Bestimmung der Vertragsnatur bei festem Geschäftsabschluß für eine Kombination von Miete und Kauf, bei welcher die beiden Verträge ganz unabhängig voneinander bleiben und höchstens gleichzeitig abgeschlossen werden. Daß es dies überhaupt nicht gibt, daß seine Beispiele jeder Beweiskraft entbehren und außerdem

falsch verstanden sind, haben wir schon oben erwähnt[1]). Gewiß gibt es Verbindungen zweier oder mehrerer Verträge in der Art, daß die einzelnen Verträge vollständig und selbständig bleiben, damit man aber überhaupt von einer Verbindung sprechen kann, die nicht nur in einem allein äußerlich und deshalb innerlich belanglosen gemeinsamen Abschluß besteht, müssen die beiden Verträge in irgend welchen Beziehungen voneinander abhängig sein, was Marwege gerade für seine Theorie leugnet. Enneccerus[2]) führt als typisches Beispiel dafür an, daß eine Bierhalle vermietet und das erforderliche Bier zu einem bestimmten Preis pro hl verkauft wird. Daß unser Trödelvertrag eine andere Kombination sein muß, ist klar ersichtlich. (Etwas anderes, wenn eine merces ausgemacht ist. Dann liegt der Fall so, daß mit einem Dienst oder Werkvertrag eine Kombination [der Trödelvertrag] kombiniert ist.) Wir brauchen vielmehr eine Kombination, bei der die Mehreren derart miteinander verbunden sind, daß sie ihre Selbständigkeit verlieren, und einen neuen Vertrag bilden. Für diese Art gibt uns das BGB. selbst ein Beispiel: den oben schon erwähnten Werklieferungsvertrag, bei dem allerdings die Kaufnatur derart überwiegt, daß ihn manche als Kauf mit Nebenverpflichtung auffassen. Der Werklieferungsvertrag gibt uns auch das einzige, schwer anwendbare Prinzip an die Hand, welches sich für diese gemischten Verträge aufstellen läßt, „daß die Vorschriften jener verschiedenen Vertragsarten unter Umständen Anwendung finden können, soweit sie der Eigenart und dem Gesamtzweck des zu beurteilenden gemischten Vertrages nicht widersprechen[3])". Ist der Trödelvertrag jedoch überhaupt unter die gemischten Verträge zu rechnen? Enneccerus selbst hat unseren Vertrag als „atypischen" bezeichnet, also keineswegs unter den Begriff der Vertragsverbindung oder der gemischten Verträge gerechnet. Und das mit Recht, wie wir sofort erkennen werden. Unter der Ueberschrift: gemischte Verträge faßt er drei verschiedene Gruppen

1) Allerdings gab es eine Zeit im römischen Recht, da eine derartige Verbindung vorkam. Gaius, 3, § 146. Aber auch dort scheinen die beiden Verträge in einem Bedingungsverhältnis zu stehen.

2) Bd. I, 2, S. 295.

3) Enneccerus, Bd. I, 2, S. 295.

zusammen, — eine Einteilung, der im wesentlichen auch Höniger [4]) folgt — denen allen eines gemeinsam ist: sie lassen sich zwar nicht wirtschaftlich, aber juristisch in mehrere Verträge zerlegen, die jeder einzelne genau in den Rahmen eines geregelten typischen Vertrages passen. Beim sogenannten Kombinations- oder Zwillingsvertrag verpflichtet sich „der eine Kontrahent zu mehreren Hauptleistungen, die verschiedenen Vertragstypen angehören, während der andere Kontrahent eine einheitliche Gegenleistung verspricht". In Wirklichkeit liegen zwei vollständige Verträge vor, bei denen der Gegenkontrahent zu zwei gleichartigen Leistungen, die in einer Verpflichtung ausgedrückt sind, verpflichtet ist, die aber durch die Zusammenfassung der beiden gleichartigen Leistungen in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis gerückt werden. Dem läßt sich der Trödelvertrag deshalb nicht unterordnen, weil beide Parteien nur je eine Leistung schulden.

Eben so wenig paßt die zweite Gruppe: Gemischte Verträge im engeren Sinn. „Hier enthält der Vertrag einen Bestandteil, der sich zugleich als ein anderer Vertragstypus darstellt." Prototyp soll der Schenkungskauf sein, obwohl wir gerade bei diesem Vertrag keinen Bestandteil entdecken können, der einem anderen Typ entnommen. Charakteristisch für diese Gruppe ist etwas ganz anderes: Es wird ein bestimmter Vertrag — sei es rein oder kombiniert — abgeschlossen, aber mit der Absicht, einen anderen als den gewöhnlichen Erfolg dieses Typus zu erzielen. Das Geschäft ist ein Kauf, der wirtschaftliche Erfolg eine Schenkung, das Geschäft ist ein Gesellschaftsvertrag, kombiniert mit einem Dienstvertrag, aber so, daß der Gesellschaftsvertrag juristisch prävaliert, der wirtschaftliche Erfolg ist die Dienstleistung. Insofern besteht eine große Aehnlichkeit dieser gemischten Verträge im engeren Sinn mit dem Trödelvertrag, da auch bei diesem der wirtschaftliche Erfolg ein anderer ist als dem Geschäft entspräche bzw. umgekehrt: Der Erfolg ist der eines Mandats, das Geschäft aber jedenfalls kein Mandat; welcher Art das Geschäft, ist damit aber noch nicht dargetan.

Unser Trödelvertrag ist aber auch kein doppeltypischer; das sind solche, bei denen die mehreren Verträge derart mit-

4) Höniger, Die generellen Verträge in ihren Grundformen. Mannheim und Leipzig 1910.

einander verschmolzen sind, daß keiner überwiegt und der gesamte Vertragsinhalt sowohl unter den einen wie den anderen Typus paßt; z. B. es wird freie Wohnung gegen Portierdienste versprochen. In Wirklichkeit liegen zwei selbständige Verträge vor, bei denen nur die gleichartigen Leistungen — das Entgelt — aufgerechnet sind und das übrige zu einem Vertrag zusammengezogen ist. Es dürfte schwerlich gelingen, unseren Vertrag in dieser Art zu konstruieren.

§ 7. Der contr. aest. ist ein contr. sui generis.

Wir haben in den beiden vorigen Paragraphen nachzuweisen versucht, daß der Trödelvertrag unter keinen anderen Vertragstypus paßt und daß er auch kein gemischter Vertrag sein kann. Wir sahen, wie er sich grundlegend vom Mandat, Dienst- und Werkvertrag, von der Societät und vom Kauf unterscheidet; allerdings war gerade die Abgrenzung vom Kauf, besonders die vom resolutiv-bedingten Kauf außerordentlich schwierig, so daß man ohne weiteres die große innere Verwandtschaft der beiden Verträge erkennen kann. Da wir es ferner ablehnten, den contr. aest. als gemischten Vertrag anzusprechen oder ihn in zwei Verträge aufzulösen, die sich gegenseitig derartig bedingen, daß beim Ausfall des einen der andere wirksam wird, so bleibt uns nichts anderes übrig, als den contractus aestimatorius entsprechend dem Brinzschen[1]) Satz: „Ist er kein anderer, so ist er ein eigener" als contractus sui generis anzusehen, der zwar einigen benannten Verträgen ähnlich, aber in seiner rechtlichen Natur von diesen wesentlich verschieden ist.

Wir wollen versuchen, nachdem wir sein Wesen, seine Aehnlichkeit und seine Verschiedenheit von Kauf, Dienst- und Werkvertrag, von Auftrag, Kommission und Societät erkannt haben, seine Normen festzustellen, da er keine Aufnahme im BGB. gefunden hat und auch im römischen Recht, wie wir sahen, wenig bestimmtes über ihn ausgesagt wurde; dazu ist es aber notwendig, daß wir einen Blick werfen auf seine geschichtliche Entwickelung.

---

1) Brinz, S. 10.

§ 8. Die Behandlung des contr. aest. in der neueren Gesetzgebung bis zum BGB.

Der contractus aestimatorius blieb im Mittelalter ungefähr dasselbe, was er im römischen Recht war; seine rechtliche Natur war stets bestritten, wiewohl der Streit weniger um diese Frage wie um Einzelheiten, z. B. bezüglich des Eigentumübergangs oder der Gefahrtragung ging. Erst als das Recht codificiert wurde, war man gezwungen, den Trödelvertrag im System einzuordnen und ihn von den übrigen Vertragsarten abzugrenzen. Aber auch diese Codificationen haben es nicht verstanden, den Vertrag konsequent herauszuarbeiten und in klarer Fassung den übrigen Verträgen gegenüber zu stellen, sondern sie haben in ihrer Unsicherheit über das Wesen des Vertrages ihn als Abart des Kaufs oder des Mandats im Anschluß an diese Verträge geregelt; so ist er z. B. nach preußischem Landrecht nur ein bedingter Kauf, bei dem einem das „zum Verkauf" ganz überflüssig erscheint. Welches das ungewisse Ereignis ist, kommt auch nicht zum Ausdruck; es scheint vielmehr, als hätten die Verfasser des Pr. a. L. R. si velit zur Bedingung erhoben, wenn man nicht in der Fristsetzung die Bedingung sehen will; dann fehlt es aber an der Alternativität der Rückgabe oder Preiszahlung nach Ablauf der Frist, ganz abgesehen davon, daß eine Fristsetzung keine Bedingung ist. Diese Fristsetzung scheint dem Pr. a. L. R. und dem oester. BGB. derart wichtig, daß sie die Terminsbestimmung zum Essentiale erhoben haben. Natürlich kann eine Frist ausgemacht werden mit der Maßgabe, daß der Eigentümer nicht berechtigt sein soll, vor Ablauf der Frist die Sache zurückzufordern, wie das sächsische BGB. richtig im § 1293 sagt. Nach dem oester. BGB. — dem übrigens auch nach dem Fristablauf die facultas alternativa fehlt — bleibt das Eigentum während der festgesetzten Zeit beim Uebergeber, d. h. es geht mit Fristablauf ohne weiteres auf den Uebernehmer über; ebensolches bestimmt das A. L. R. § 513, widerspricht sich aber § 515, wonach der dominus bei Nichtbezahlung und nach Fristablauf vindicieren kann, „wenn sich die Sache beim Empfänger noch unverkauft befindet". Das Eigentum geht also aufschiebend bedingt über. (Nach sächsischem BGB. werden die Eigentumsverhältnisse durch die

Ueberlassung der Sache zum Vertrödeln nicht berührt.) Ganz gleichmäßig ist in diesen Codificationen die Gefahrtragung geregelt. Während nach römischem Recht die Gefahr auf den Trödler sofort überging — was übrigens vielfach bestritten ist, wie wir sahen — also der Trödler auch für Zufall einstehen muß, hat er nach dem A. L .R. usw. nur für Verschulden, sei es auch nur mäßiges Verschulden, zu haften. — Das sächsische BGB. gibt zum Schluß noch dem Trödler das Recht, für notwendige Verwendungen Ersatz zu verlangen — ebenso wie das römische Recht entscheiden diese neueren Gesetze nicht, ob der Trödler verpflichtet sei, zu irgendwelcher auf den Verkauf zielenden Tätigkeit. Nach dem oester. BGB., das den contr. aest. als Verkauf bezeichnet, ist eine solche Verpflichtung anzunehmen, während das allgemeine L. R. wie das sächsische BGB. den Trödler nur berechtigen wollen. Weiter treffen sie übereinstimmend die nebensächliche Bestimmung, daß nur Mobilien zu vertrödeln sind, was von manchen Bearbeitern auch für das römische Recht angenommen wurde.

§ 9. Stellung des BGB. zum Trödelvertrag und sein Verhältnis zum buchhändlerischen Konditionsgeschäft.

Das deutsche BGB. hat sich einer Regelung des Trödelvertrages gänzlich enthalten. Seine Verfasser begründen dies damit in den Motiven Band 2 Seite 517, daß „eine Präzisierung — will man sich nicht zu einer Beengung verstehen — unfehlbar eine große Zahl von Fällen treffen wird, für welche jene dispositiven Rechtsnormen nicht passen. Es braucht nur erinnert zu werden an die bekannten Verträge zwischen Verleger und Sortimentsbuchhändler, an den Uhrenhandel usw. Zudem läßt sich nicht leugnen, daß jeder sogenannte Trödelvertrag der juristischen Beurteilung keine größeren Schwierigkeiten bietet, als manche anderen Verträge, welche im Gesetzbuch nicht besonders geregelt werden. Die Rechtsnormen über Auftrag, Kauf, Verkaufskommission, Dienst- und Werkvertrag und Gesellschaftsvertrag, verbunden mit dem im einzelnen Falle zu ermittelnden Parteiwillen werden regelmäßig die Entscheidung an die Hand geben". Mit dieser Begründung

ist anfänglich der Typus des Vertrages zugestanden, zum Schlusse aber die Eigenart geleugnet und die Vorschriften des Kaufes usw. für direkt anwendbar erklärt. Das ist nicht möglich; außerdem sind die Gründe keineswegs stichhaltig. Die meisten Verträge werden in praxi durch den Parteiwillen modifiziert und nicht in ihrer gesetzlich geregelten Gestalt auftreten, andererseits bietet der Trödelvertrag der juristischen Beurteilung sicher größere Schwierigkeiten als mancher gesetzlich geregelter Vertrag, und endlich ist es falsch, daß die Vorschriften über Kauf, Mandat usw. direkt anwendbar sind. Diese Vorschriften wären allerdings bei einer gesetzlichen Regelung sehr beachtlich, wann sie aber nach heutigem Recht analog anwendbar und wie diese oft sich einander ausschließenden Bestimmungen zu vereinen sind, das ist so schwierig, daß eine Regelung sehr wohl am Platz gewesen wäre, zumal der Vertrag heute eine viel größere wirtschaftliche Bedeutung hat als früher, man denke nur an das buchhändlerische Konditionsgeschäft, die Konsignationsverträge und daran, wie viele Verträge dieser Art irrtümlich unter dem Namen Kommissionswarengeschäft umlaufen.

Das soeben erwähnte buchhändlerische Konditionsgeschäft ist für unsere letzte Frage, wie der Trödelvertrag etwa zu regeln wäre, außerordentlich wichtig, da es zwar keine gesetzliche Normierung erfahren hat, aber in den Grundzügen durch die Verkehrsordnung von 1891 bzw. 1910 (abgeändert am 18. 5. 19 und 29. 4. 23) festgelegt ist. Dieses Geschäft wird zwar von einigen als Mandat, Kommissionsgeschäft oder Kauf aufgefaßt, doch hält es die herrschende Meinung heute für den contr. aest. oder doch mindestens für eine Abart desselben. Marwege führt weitläufig aus, daß sich bei ihm alle Begriffsmomente des Trödelvertrages nachweisen lassen: res vendenda datur, eine aestimatio — ob man nun in der Differenz von Ladenpreis und Sortimenterrabatt die aest. sieht und in dem Rabatt eine besondere merces oder das ut quo pluris vendidisses, das ist einerlei — eine aestimatio ist jedenfalls vorhanden. Auch die facultas alternativa liegt vor. Marwege faßt das aut ... aut auch hier als Alternativobligation auf, u. E. ist es aber doch gerade bei dem Konditionsgeschäft ersichtlich, daß der Verleger den Sortimenter nicht zur Rückgabe verpflichten will, — wenn auch

nur alternativ — sondern allein zur Zahlung und dem Sortimenter bloß das Recht einräumt, sich durch Rückgabe aus dem Geschäft zu lösen. Es wäre doch auch zu merkwürdig, wenn die eine Verpflichtung, die Rückgabe der Sache, durch schuldhaftes Verhalten des Schuldners, eben dadurch, daß er sie in der festgesetzten Zeit nicht zurückgibt, unterginge; nicht seine Verpflichtung, sondern sein Recht erlischt. Durch die BVO. § 30a ist allerdings bestimmt, daß der Sortimenter dieses Rechts nach Ablauf der Ostermesse verlustig geht. Marwege und Cosack wollen nun dem Verleger ein Wahlrecht einräumen, ob er Bezahlung oder Rückgabe will. Dieses Wahlrecht geht aber nicht mit Sicherheit aus der BVO. hervor. Marwege konnte nach diesen Feststellungen mit Recht behaupten, daß nach seiner Auffassung vom Trödelvertrag auch beim Konditionsgeschäft alle Voraussetzungen vorliegen, um auch diesen als ein Beispiel für den contr. aest. anzusehen. Aber in einem Punkt weicht er scheinbar von ihm ab: Der Sortimenter hat nicht das Recht auf Mehrerlös. Marwege erkennt dies Recht allerdings auch für den Trödelvertrag nicht als wesentlich an, sondern hält es lediglich für eine natürliche Folge der aestimatio. Wir haben jedoch oben das Unrichtige dieser Ansicht nachgewiesen, aber selbst mehr auf das Recht zur freien Verfügung abgestellt. Der Buchhändler ist nun in diesem Recht insofern beschränkt, als er die ihm vom Verleger à condition gelieferten Bücher nicht zu irgendeinem Preis losschlagen kann, sondern nur zu dem vom Verlag vorgeschriebenen. Das bedurfte aber einer besonderen Vorschrift in der BVO., also eines pactum adjectum, welches an dem Wesen des Vertrags nichts ändert[1]). So wie wir oben anerkannt hatten, daß ein Limit gesetzt werden kann, unter dem der Trödler die Ware nicht losschlagen darf, so kann das Limit den Preis auch nach oben und unten begrenzen, ohne damit das freie Verfügungsrecht aufzuheben. Das ersieht man daraus, daß der Sortimenter etwa die Bücher

1) § 4 der BVO. Daß die Differenz des Laden- und Nettopreises keine merces, sondern quo pluris vendidisses ist, geht eben daraus hervor, denn nach § 4 kann der Ladenpreis aufgehoben werden und der Sortimenter nun berechtigt sein, zu jedem Preise zu verkaufen.

verschenken oder vernichten könnte, allein mit der Verpflichtung, den Sortimenterpreis zahlen zu müssen.

Die erste Bestimmung, welche die BVO. über das Konditionsgut trifft, lautet: Das Konditionsgut bleibt Eigentum des Verlegers. Damit ist für den Buchhandel ebenso wie für das gesamte heutige Recht die Streitfrage nach dem Eigentumsübergang eindeutig in demselben Sinne festgestellt, wie wir es oben für den contractus aestimatorius getan haben. Es besteht auch gar keine Veranlassung, diesen Punkt anders zu behandeln. Das Eigentum des Verlegers ist aber insofern beschränkt, als er vorläufig weder über die Bücher verfügen noch mit der rei vindicatio die Ware vom Sortimenter zurückverlangen kann, das heißt, dem Konditionsvertrag ist es gewöhnlich, daß er befristet ist, aber essentiell ist es dem Vertrage nicht, denn nach § 28 b der BVO. hat der Verleger das Recht, jeder Zeit für die Disponenten wie für Lieferung in neuer Rechnung sofortigen Ausgleich durch Remission oder Zahlung zu fordern, falls der Sortimenter in der Buchhändlermesse seine Verpflichtungen gegen den Verleger nicht erfüllt hat. Ebenso wird diese Befristung auch durch besondere Abrede ausgeschlossen werden können. Diese ganze Erscheinung wird überhaupt weniger juristisch wie historisch zu erklären sein; man war es eben gewohnt, auf der Leipziger Ostermesse die Rechnungen auszugleichen und hielt es deshalb für selbstverständlich, daß die à condition gelieferten Bücher auch erst zu diesem Termin zurückverlangt werden konnten. Wird der Konditionsvertrag aber auf der Messe verlängert, so ist der Verleger berechtigt, jeder Zeit zurückzufordern. Sind inzwischen Bücher verkauft, so ist allerdings Zahlung erst zur folgenden Ostermesse zu leisten.

Für das römische Recht hatte die Frage nach der Gefahrtragung zu großen Meinungsverschiedenheiten geführt. Wir haben uns im Text dafür ausgesprochen, daß bei den Römern der Trödler omne periculum trägt. Was die römischen Juristen zu dieser Regelung veranlaßt hat, ob es die Erinnerung an den Kauf (periculum est emptoris) war oder die Erwägung, daß der Trödler als Besitzer am leichtesten auf die Sache einwirken könne und ein Verschulden seinerseits sich immer nur schwer würde nachweisen lassen, ob es einfach der rechtliche Niederschlag einer ständigen Uebung

oder die Erkenntnis war, daß der Vertrag doch auch im Interesse des Trödlers geschlossen wurde und ihm deshalb nicht nur die Vorteile aus dem Geschäft zugewendet werden dürften, das läßt sich aus den Quellen nicht erkennen, ja nicht einmal eine Vermutung darüber aussprechen; behaupten läßt sich nur, daß der Trödler die Gefahr trug. Die BVO. hat sich beim Konditionsvertrag auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt. § 11 der BVO. ist dem § 390 nachgebildet. Damit ist deutlich zu erkennen gegeben, daß die BVO. das Konditionsgeschäft als eine dem Kommissionsgeschäft ähnliche Vertragsform auffaßt. Trotz des Unterschieds, der zwischen Kommission und Konditionsgeschäft besteht — das Maß der wirtschaftlichen Freiheit — hat sich die BVO. auf den allein richtigen Standpunkt gestellt, denn für die Entscheidung dieser Frage kommt es nicht darauf an, daß der Unternehmer bald mehr bald weniger selbständig ist, sondern nur darauf, daß er in jedem Falle Mittler bleibt, bei diesen Geschäften nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. auch HBG. § 98) der Unternehmer nur für Verschulden haftet, der Zufall aber den Eigentümer trifft. Ein Verschulden liegt schon vor, wenn der Sortimenter entgegen den Geschäftsgepflogenheiten versäumt, die Ware ordnungsgemäß zu versichern. In § 12 e der BVO. ist diese Regelung der Gefahrtragung noch einmal ausdrücklich für die Zusendung unbestellter Novitäten und Lagerartikeln à condition hervorgehoben; man könnte daraus schließen, daß es bei erbetener Zusendung umgekehrt sei. Dem ist aber nicht so. Diese Wiederholung ist ebenso unnötig wie § 11 d, daß bei Konfiskation von Konditionsgut beim Sortimenter den Verleger der Schaden trifft. Man muß dabei berücksichtigen, daß die ganze BVO. vom gesetzestechnischen Standpunkt betrachtet nicht gerade hervorragend ist. So läßt die BVO. auch jede Regelung des ad vendendum vermissen, d. h. ob der Sortimenter zu einer auf den Verkauf zielenden Tätigkeit verpflichtet ist, — wie mir auf Befragen von den Buchhändlern versichert wurde, halten sie sich nicht nur für nicht verpflichtet, sondern sogar für berechtigt, von einem Kauf abzuraten — dagegen ist die Frage nach dem Verfügungsrecht in dem oben vertretenen Sinn gelöst: der Buchhändler hat das freie Verfügungsrecht.

Ist aber auch etwas über die aestimatio gesagt? In dem Kapitel 4 der BVO. über Konditionsgut ebensowenig wie in dem übrigen. § 4 spricht zwar von Netto- und Ladenpreis, aber das Wesentliche der aestimatio kommt dort nicht zum Ausdruck. Das ist auch leicht erklärlich, da ein bestimmter Bezugspreis selbstverständlich, eine Festlegung aber des Ladenpreises, also die Begrenzung des quo pluris, viel wichtiger erschien, andererseits den Verfassern der BVO. das Wesen der aestimatio ebenso wie das Wesen des Konditionsvertrages unbekannt war, sah man von diesbezüglichen Bestimmungen ab. Trotzdem kann man das notwendige Vorhandensein einer aestimatio mit der oben geschilderten Wirkung aus einzelnen Vorschriften herauslesen, z. B. aus § 26: „der allgemeine Ausgleich . . . durch Remission usw.". Der Sortimenter ist also verpflichtet, den Nettopreis an der folgenden Ostermesse zu bezahlen und berechtigt, unverkaufte Ware bis zu diesem Termin zurückgehen zu lassen. Wie schon erwähnt, erlischt dies Recht an der dem Lieferungsjahr folgenden Ostermesse, falls der Sortimenter das Konditionsgut nicht mit Genehmigung des Verlegers als Disponenden in neue Rechnung vorträgt (§ 11 e). Aus verständlichen Gründen hat man den Ladenpreis fest begrenzt und damit eine für das kaufende Publikum angenehme Gleichheit der Preise geschaffen und eine unfaire Konkurrenz ausgeschlossen. Daß dieser Sortimenterrabatt unsere Gewinnchance des Trödlers ist, haben wir ebenfalls schon ausgesprochen (vgl. S. 45). Diese feste Begrenzung des Ladenpreises nach oben und unten ist bei der Art der Buchhändlerware möglich und wünschenswert, bei anderen Geschäften, z. B. dem Gold- und Silberwarenhandel, undurchführbar. Dort tritt die merces in ihrer ursprünglichen Gestalt zu Tage.

Was die BVO. sonst noch bestimmt, ist für uns ohne Interesse, da es in der Hauptsache den festen Kauf und seine besonderen Usancen im Buchhandel regelt. Wir können aus dem über die BVO. Gesagten die Konsequenz ziehen, daß grundsätzlich sich nur die Regelung der Gefahrtragung geändert hat seit den Tagen des contractus aestimatorius und daß eine Fristbestimmung für diese Art Geschäft wohl die Regel und meistens zu empfehlen ist, aber auch heute nicht zu den Essentialien gehört.

Es bleibt uns jedoch noch eine schwierige Frage übrig zu beantworten, die in der BVO. nur indirekt ihre Erledigung gefunden hat. Wer hat dem Käufer gegenüber den Mangel der Sache zu vertreten? Nach der BVO. § 14 hat der Verleger ein defektes Exemplar innerhalb zweier Jahre einzutauschen, aber die Pflicht besteht nur dem Sortimenter gegenüber; war die Faktur mit der handschriftlichen Bemerkung versehen: „Vor Absendung kollationiert", so hat er sogar die unverzügliche Rügepflicht. Dem Käufer gegenüber haftet aber allein der Sortimenter. Diese Regelung ist für den Buchhandel zweifellos angebracht, weil die Vermittlereigenschaft gerade hier sehr stark zurücktritt, ganz anders aber im Kunsthandel. Gewiß ist auch dort die Stellung des Kunsthändlers die eines freien unabhängigen Unternehmers, aber das Verhältnis des Eigentümers zu dem Händler ist so individuell persönlich, daß es sich der Kommission und damit der Stellvertretung nähert; wenn wir auch ausdrücklich betonen, daß die Bezeichnung „mittelbare Stellvertretung" juristisch ein Nonsens ist, so haben Kommission und Trödel doch Verwandtschaft mit der Stellvertretung. Viel spricht dafür, dem Käufer ein direktes Recht gegen den „Vertretenen" zu geben, andererseits darf man aber auch nicht vergessen, daß der Käufer meistens gar nicht weiß, wer der „Vertretene" und es für ihn deshalb wertvoller ist, wenn er sich an den Händler halten kann. Vielleicht entspräche aus diesen Gesichtspunkten folgende Regelung den praktischen Bedürfnissen: der Käufer hat bei Mängel der Sache ebenso wie bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften das Recht, Schadensatz sowohl von dem früheren Eigentümer wie von dem Verkäufer zu verlangen. Ist der Schaden jedoch durch das ausschließliche Verschulden eines der Kontrahenten, z. B. durch arglistiges Verschweigen von Seiten des Trödlers entstanden, so hat der Käufer einen Anspruch nur gegen diesen (vgl. BGB. § 166). Statt des Schadenersatzes hat der Käufer auch das Recht zu wandeln oder zu mindern oder im Falle des Verkaufs einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen.

Wir sehen bei diesen letzten Betrachtungen noch einmal wie der Trödelvertrag dem Kauf innerlich nahe steht, nicht etwa wie Marwege annimmt, daß ein erster und

zweiter Verkauf vorliegt, oder wie es zunächst scheint, daß der Verkauf nur die Ausführung des Trödelvertrags ist, sondern der Trödelvertrag und das Veräußerungsgeschäft bleiben begrifflich zwei selbständige Geschäfte, sind aber trotzdem so eng miteinander verknüpft, daß sie de facto nicht voneinander getrennt werden können, ja ihre Wirkungen, wie wir eben gesehen, geradezu ineinander übergehen.